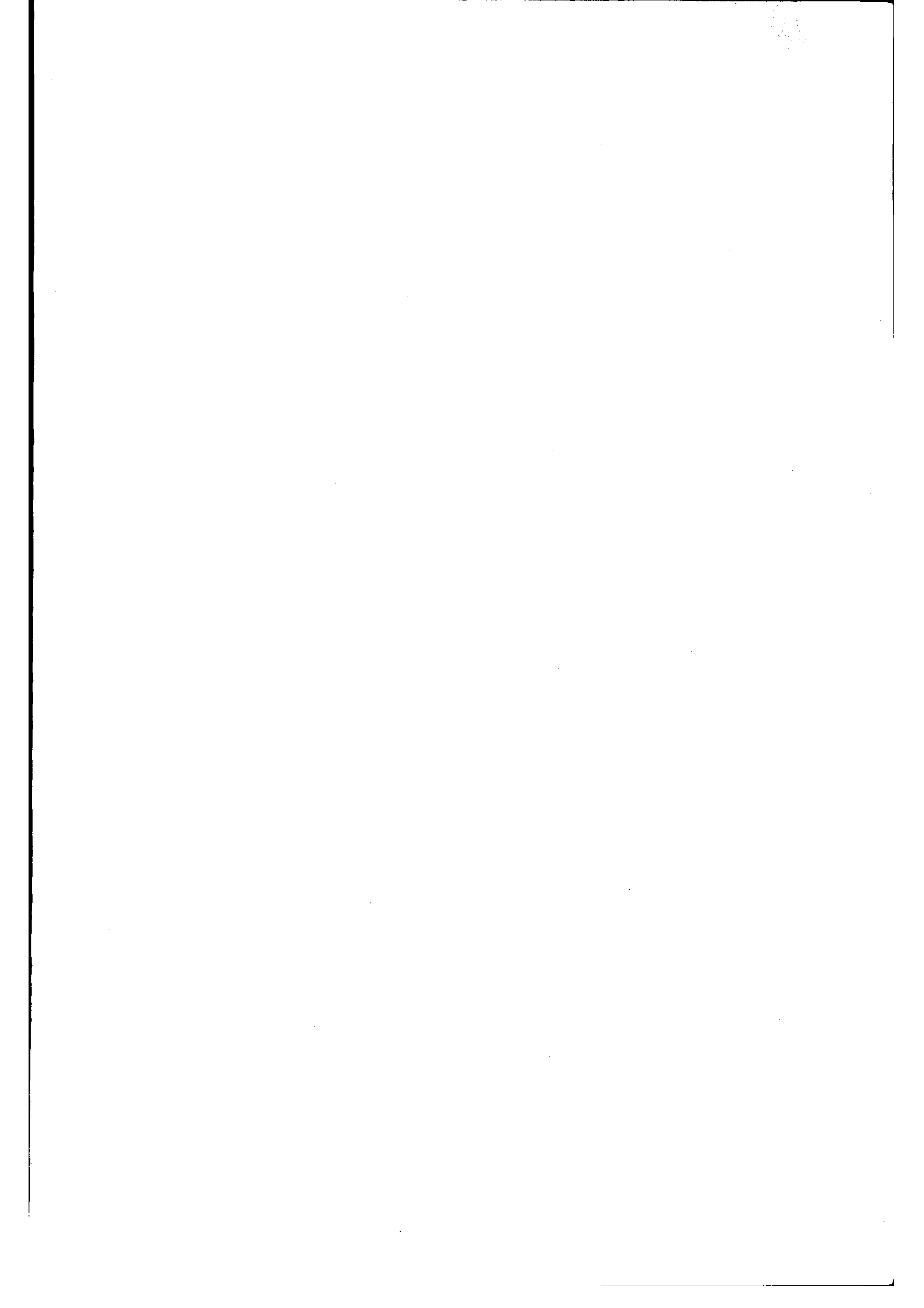
بدء سريان الألتزام المشروط

دراسة لفكرة الشرط

فــى

القانون المصرى والفرنسى



بدء سريان الألتزام المشروط

دراسة لفكرة الشـرط

فــى

القانون المصرى والفرنسى

دكتـور

محمود عبد الرحيم الديب

مدرس القانون المدنى

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

١٩٩٩



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة

الإسكندرية ☎ ٤٨٢٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

" إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات إنا لانضيع أجر من أحسن عملا "

صدق الله العظيم

الكهف (٣٠)



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــــــــة

الحمد لله رب العالمين ، والصـلاة والسـلام علـى أشـرف المرسـلين ، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وسلم أجمعين .

- وبعـــد -

فإن فكرة الشـرط فـى الإلتزامـات فكـرة لهـا أهميتهـا ، حيث تعتبر وصفا فى الإلتزام . يتفق عليه طرفا التعاقد ، ومن ثـم فـإن تعليق الإلـتزام عليه يعتبر من الحرية المتروكة لإرادة الأفـراد ، فلهـم أن يعلقـوا الـتزامهم على تحقيق شرط معين ، أو يعلقوا فسخ التزامهم على تحقيق شرط محدد .

ذلك أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية ، فكل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة يكون ملتزما بنتائجه التى يرتبها القـانون ، لأن آثار العقود هى فى الأصل من عمل المشرع ، لا من عمل المتعاقدين . فإرادة المتعاقدين هى التى تنشئ العقد ، ولكـن القـانون هـو الـذى يرتـب مـا للعقد من حكم وآثار .

بيد أن بناء غالب العقود فى الوقت الحاضر على مبدأ سلطان الإرادة ، يعطى الحرية للأفراد فـى أن يعلقـوا الـتزامهم علـى الشـرط ، بحيـث يرتـب الشـرط أثـره إذا مـاتحقق أو تخلـف ، ذلـك الأثـر الـذى جعلـه القـانون حتمـا لوقوعه أو تخلفه . فإذا كان للأفراد حرية فى وصـف الـتزامهم ، فـإن هـذا الإلتزام يرتب اثره كما أراده القانون ، لا كما أراده الأفراد .

وإذا كان الإلتزام المشروط قد يعطى إنطباعا بأن ذلك ماهو إلا وعد بوقوع الإلتزام عند تحقق الشرط مثلا ، فإن إيجاد تفرقة واضحة بين الإلتزام المشروط والوعد من الأهمية بمكان ، فضلا عن إيجاد تفرقة بين هذا الإلتزام وغيره من الأفكار المماثلة .

كما أن ترتيب آثار هذا الإلتزام المشروط يختلف فى مرحلة التعليق عنها بعد هذه المرحلة ، خاصة إذا استجمع مقوماته الأساسية التى يعتبرها القانون شرطا لوجوده الصحيح . ومعرفة حدود مرحلة التعليق من الأهمية بمكان ، لأن الآثار التى تترتب على الإلتزام المشروط فى هذه المرحلة تختلف تماما عن الآثار التى تترتب عليه بعدها .

بيد أن أهم أثر يترتب على فكرة الإلتزام المشروط ، هو الأثر الرجعى له . وهو ذلك الأثر الذى حدث بشأنه جدل كبير بين الفقهاء قديما وحديثا . ولذا فإن الخوض فى هذا الأثر ، وتقدير الفقهاء له قد يصل بنا إلى نتيجة تتفق مع المنطق القانونى السليم ، خاصة فى الوقت الحاضر ، الذى لم يعد للأثر الرجعى أهميته التى كانت عليه سابقا .

ولهذا كله فإننى سأتناول فكرة الإلتزام المشروط بالدراسة المتأنية لكافة جوانبه ، بداية من تعريفه وتمييزه عما يشتبه به ، ثم أنواعه ، ثم مقوماته الأساسية التى يعتبرها القانون ضرورة لصحة تعليق الإلتزام عليه ، ثم آثاره فى كل من مرحلة التعليق وبعدها ، وأخيرا مناقشة هادئة وموضوعية للأثر الرجعى للشرط ، موضحا مضمونه ومبرراته وتقديره من وجهة نظر الفقهاء وتعليقنا على هذا التقدير ، ثم الإستثناءات الواردة عليه فقها وقانونا ، وهو الذى أردت الوصول إليه من خلال هذه الدراسة لنرى ما إذا كان للأثر الرجعى أهمية فى الوقت الحاضر أم لا ؟ ، وهل ترتيب آثار الشرط فى حاجة إلى تقرير الأثر الرجعى هذا ، أم يمكن ترتيب هذه الآثار دون حاجة إلى اللجوء إليـــه ؟ .

هذا وقد تناولت هذه الدراسة فى خمسة مباحث وخاتمة ، على النحو التالـــى :

المبحث الأول ، تناولت فيه حقيقة الشرط من خلال تعريفه وتمييزه عما يشتبه به ، وفى المبحث الثانى تناولت فيه أنواع الشرط ، ثم مقوماته الأساسية التى يعتد بها القانون فى المبحث الثالث ، ثم تناولت آثاره فى كل من مرحلة التعليق وبعدها فى مبحث رابع ، وأخيرا أفردت بحثا خاصا لفكرة الأثر الرجعى للشرط ، كأهم آثاره فى مرحلة اليقين - مابعد التعليق - وذلك نظرا لأهميته ، والجدل الواسع الذى حدث بشأنه من قبل الفقهاء قديما وحديثا ، وتقديرنا لهذه الفكرة التى أصل من خلال دراستها بتعمق إلى خاتمة هذا المبحث ، والتى سردت فيها خلاصة هذه الدراسة ، والنتائج التى يمكن أن نصل إليها خاصة من خلال تناول موضوع الأثر الرجعى للشرط بالشرح والتوضيح والتعليق والتقدير .

والله من وراء القصد وهو الهادى إلى سواء السبيل ،

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الاسكندرية فى ديسمبر ١٩٩٥ م دكتور

محمود عبدالرحيم الديب

المبحث الأول

حقيقــــة الشــــرط

تمهيد وتقسيم :

للفظ الشرط معان متعـددة، فقد يطلـق ويـراد بـه الأحكـام التـى اتفـق عليها المتعاقدان فى العقد، فيقال مثلا بالنسبة لعقد البيـع ان مـن شـروطه ان يتم تسليم المبيع فى مكان معين، أو أن يتم تسديد الثمن على أقساط معينة، أو أن يتحمل المشترى كافة نفقات العقد. ففى كل هذه الأمثلـة ونحوهـا لا نجـد وصفـا يلحـق الالـتزام، بـل هـى بنـود تـرد فـى العقـد بمحـض إرادة أطـراف التعاقد.

وقد يطلق لفظ الشرط للدلالة على عنصـر معيـن مـن العنـاصر التـى يتطلبها القانون لترتيب اثر معين، فيقال مثلا: ان الرسمية من شـروط انعقـاد الهبة، كما ان الحاجة شرط للالتزام بالنفعة، ولا يعتبر الشرط فى هذه الأمثلة أيضا وصفا للالتزام. فالشرط كوصف للالتزام ليـس سـوى عنصـر عرضـى يضـاف الـى الـتزام إرادي مسـتكمل لكافـة العنـاصر التـى اشـترطها القـانون. فالشرط بهذا المعنى يكون مصدره الإرادة لا القانون.

ولهذا فانه فى سبيل الوقوف على حقيقة الشرط كوصف فـى الالـتزام – محل البحث – ينبغى علينا ان نقوم بتعريفه أولا ، ثم بتمييزه عمـا يماثلـه ثانيا. وسوف أعقد لهذا الغرض الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : تعريف الشرط La condition

أولا : فـى القـانون المصري . يقصـد بكلمـة الشـرط فـى القـانون المصـــري كوصف فى الالتزام، ذلك الأمر المستقبل غير المحقـق الوقـوع الـذى يـترتب

عليه وجود الالتزام أو زواله [1] ، فيكون الالتزام معلقـا علـى شـرط اذا كـان وجـوده أو زوالـه مترتبـا علـى أمـر مسـتقبل غـير محقـق الوقـوع (م٢٦٥ مدنـــــى) [2].

ويتضح من ذلك أن الشرط بهذا المعنى أمر خـارجي تضفيـه الإرادة الـى الـتزام استكمل عنـاصر تكوينـه. ذلـك أن الأمـر او الواقعـة التـى تعتـبر شـرطا فـى هـذا المجـال ينبغـى أن تكـون مـن صنــع الإرادة، وان تتسـم بالعرضية.

فكونها من صنع الإرادة ان يجرى عليها اتفـاق مـن الطرفيـن ، فـإذا تطلبها القانون فإنها لا تكون شرطا بالمفهوم الذى نقصده بمعنى انها لا تكون وصفا للالتزام . فمثلا يجرى التعبير على ان الرسمية شـرط لانعقـاد الهبـة. وان الحاجة شرط لوجود النفقة، فهذا الشرط- الانعقـاد والوجـوب- لا يعتـبر وصفا لأن القانون هو الذى يتطلبه وليست الإرادة، فى حيـن نجـد أن الشـرط الذى نعنيه مصدره الإرادة لا القانون، وبه تضيف الإرادة عنصرا جديدا الـى

([1]) د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالـتزام، أحكـام الالـتزام، ١٩٩٧، دار المطبوعـات الجامعية، بند ٢١٥، ص١٩٧ ، د. احمـد سلامه، مذكرات فـى نظريـة الالـتزام، الكتـاب الثـانى، احكـام الالـتزام بند ١٠٤، ص ١٣٦، د. إسـماعيل غـانم ، فـى النظريـــة العامـة للالتزام، ج٢ أحكام الالـتزام والإثبـات ، ط ١٩٦٧، بنـد ١٣٩ ص ٢٨٦ ومـا بعدهـا . د. محمد لبيب شنب، أحكام الالتزام ، فقرة ٣١٧.

([2]) ورد هذا النص فى المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فـى التقنين المدنى الجديد، وأقرته لجنة المراجعة ، واصبح المادة ٢٧٧ فى المشروع النهـائى، ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحـت رقـم المـادة ٢٦٥ (مجموعـة الأعمـال التحضيرية ج ٣ ص ٦) .

ويقابله فى التقنينات العربية : م ٢٦٥ سورى، م ٢٥٢ ليبى، م ٢٨٥ عراقى، م ٨١ لبنـانى ، ٣٢٣ كويتـى ، م ٣٩٣ اردنـى، ويلاحـظ أن هـذه المـواد فـى التقنينـات العربيـــة المختلفة متفقة مـع النص فـى القانون المدنـى المصـرى من حيـث الأحكـام العامـة، وان اختلفت صياغتها (راجع د. السنهورى، الوسيط، ج٣، المجلد الأول : أوصـاف الالـتزام والحوالة، ط١٩٨٣، ص ١٤ هامش ٢) .

العناصر التى يتطلبها القانون. وعلى ذلك فلا يجوز القول بان الالتزام بالنفقة مثلا معلق على شرط واقف هو الاحتياج، أو ان مجرد توافق إرادتي الواهب والموهوب له يلزم الواهب بالتزام معلق على شرط واقف هو صياغة العقد فى الشكل الرسمي .

ولهذه التفرقة بين الشرط الواقف والشروط القانونية التى يتطلبها القانون لنشوء الالتزام أهمية كبيرة من الناحية العملية. فللشرط – كوصف فى الالتزام– اثر رجعى ، وان كان لنا تحفظ على هذا الأثر سيأتى فى حينه عند الكلام عن فكرة الأثر الرجعى للشرط. ومعنى الأثر الرجعى للشرط انه اذا تحقق استند أثره الى وقت انعقاد التصرف، أما الشروط القانونية فالأصل انه ليس لها اثر رجعى ، فلا تترتب آثارها الا من وقت استكمالها [1] وبناء عليه فليس للتسجيل اثر رجعى، ومن ثم فلا تنتقل الملكية الا من وقت تمامه[2] .

ولهذا تجب التفرقة بين الشرط عندما يكون فاسخا وبين الأحوال التى يرتب فيها القانون على تحقق أمر معين زوال التصرف. من ذلك مثلا ما تقضى به المادة ٥٢٨ من القانون المدنى من انتهاء الشركة بالحجر على أحد الشركاء او بإعساره او بإفلاسه، وليس معنى هذا أن الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة معلقة على شرط فاسخ، فالشرط الفاسخ بالمعنى الدقيق مصدره الإرادة لا القانون [3].

كما تجب التفرقة – كذلك – بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام من شأنه ان يجعل حق الدائن مهددا بالزوال، وبين ما يلتزم به الدائن فى مقابلة حقه فى العقد الملزم للجانبين، والذى يترتب على عدم تنفيذه جواز

---

(1) د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص١٣٦، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ ، ٢٨٧.

(2) نقض مدنى فى ١٩٤٦/١١/٢١ (مجموعة عمر، ج٥، رقم ١١٢، ص ٢٥٥).

(3) د. إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧.

فسخ العقد، وبالتالى زوال حق الدائن. ذلك أن تعليق الالتزام على شرط فاسخ لا يعنى فرض الالتزام على الدائن بمنع تحقق الشرط، فمثلا اذا علق الواهب التزامه على شرط فاسخ هو زواج الموهوب له من سيدة معينة، فليس معنى هذا أن الموهوب له قد التزم بعدم الزواج، ومن ثم فليس للواهب فى هذه الحالة أن يطالب الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام المزعوم، وبالتالى فليس له الحق فى التعويض اذا تم هذا الزواج، بل يقتصر اثر الشرط فى هذه الحالة على فسخ الهبة، فيسترد الواهب ما وهب، ويتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء. أما عدم تنفيذ الالتزام المقابل فى العقد الملزم للجانبين فلا يترتب عليه الفسخ حتما، حيث يكون للطرف الآخر ان يطالب بالتنفيذ بدلا من الفسخ، وإذا اختار القسمة فلا بد من الالتجاء الى القضاء ولاستصدار حكم به، الا اذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم (م ١٥٨ مدنى) ، حيث يعبر عن هذا الاتفاق بالشرط الفاسخ الصريح، بمقابلته بالشرط الفاسخ الضمنى ، وفى هذه الحالة الأخيرة فقط يختلط الأمران اختلاطا كبيرا، ومع ذلك تجب التفرقة بينهما، حيث يترتب الفسخ على وجود الشرط الفاسخ الصريح باعتباره من صنع القانون، وان كان للإرادة دور كبير فى ترتيبه.[1]

وكون الواقعة تتسم بالعرضية انها لا تدخل فى العناصر التكوينية للعلاقة، بمعنى ان تكون أمرا خارجيا عنها، يمكن ان تنشأ بدونها. فالشرط – كوصف فى الالتزام– يغير من الصفة ولا يغير من الجوهر، وبعبارة أخرى فان الجوهر يظل كما هو سواء اشترط الوصف أو لم يشترط، فهو يدخل على الالتزام بعد تكوينه، ولا علاقة له بهذا التكوين، ولهذا فان الرسمية فى الهبة مثلا لا تكون شرطا بمعنى الوصف ، لأن الرسمية أمر جوهرى وليس عرضيا ، لأن عدم وجودها يبطل الهبة [2].

---

(1) المرجع السابق .

(2) د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٣٧.

وبهذا يتضح ان الشرط بهذا المعنى ما هو الا أمر خارجي تضيفه الإرادة الى التزام استكمل عناصر تكوينـه، يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله. بحسب الأحوال .

ثانيا : فى القانون الفرنسي :

يتفق الفقه الفرنسي – فى مجمله – فى تعريفه للشرط مع التعريف الوارد بالقانون المصري، ولذا يعرف الفقه الفرنسي الشرط بأنه: الواقعة القابلة أو غير القابلة لأحداث آثارها والتى يوقف عليها الأطراف ميلاد عملهم وانقضاء هذا العمل [١] ، ومعنى ذلك أن الشرط ما هو الا حادث مستقبلى غير مؤكد، يتوقف عليه وجود الالتزام أو عدم وجوده، ولذا يقال بأن الالتزام المتأثر بالشرط ما هو الا التزام مشروط [٢] .

ويتضح من ذلك ان الفقه الفرنسى يتفق فى تعريفه للشرط مع الفقه المصرى من حيث كونه حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، كما هو الحال بالنسبة للفقه المصرى ، حيث يترتب على هذا الحادث إما وجود الالتزام وإما عدم وجوده حسب الأحوال .

ويبدو ان الفقه الفرنسى لم يتعرض لفكرة العرضية التى عرفها الفقه المصرى، باعتبار الشرط أمر عرضى تضفيه الإرادة الى التزام استكمل عناصر تكوينه، ولكن القضاء الفرنسى أشار صراحة الى هذه الفكرة حينما قضى بأنه يتعين الا يختلط الشرط بالعبء المتعلق بالهبة فالعبء لا يؤثر على وجود المنحة التى تنشأ خارجه، كما ان تحقيقه – العبء – لا يخضع للصدفة [٣] .

---

(1) henri ROLAND et lourent BOYER : droit civil, obligations,2. contrat, 3e edition, p. 432. no 1046.

(2) Gabril MARTI, Pierre RAYNAD et philippe JESTAZ,: les obligations, 2 edition, TOME 2. lerégme, 1989, p. 62.no 69.

(3) It faut la distinguer également des reserres (par exemple paris, 5 juill. 1972: Gaz. pal. 1973,2,535- comp.com., 9 dec 1980: Bull. ==

وهكذا نجد أن الفقه والقضاء في فرنسا يعرفون الشرط بما عرفه القانون المصرى ، من حيث كونه أمرا مستقبلا ، غير محقق الوقوع، يترتب على وجوده وجود الالتزام أو زواله. هذا فضلا عن كونه من صنع الإرادة ويتسم بالعرضية التى قال بها فقهاء القانون المصرى .

ولهذا نجد ان القانون الفرنسي ينص صراحة على تعريف الشرط مستجمعا قوامه الأساسية وذلك في المادة ١١٦٨ من القانون المدنى الفرنسى، حيث نصت هذه المادة على ما يلى :

" يصبح الالتزام شرطيا حينما يتم إيقافه على واقعة مستقبلية ، أو على واقعة غير مؤكدة، ويتم تعليقه حتى تحدث هذه الواقعة وهذا سواء كان الفسخ نتيجة لحدوث الواقعة أو لعدم حدوثها " (١) .

ويتضح من هذا النص الفرنسي ان الشرط ما هو الا أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وينشأ معه الالتزام صحيحا الى ان يتحقق هذا الأمر، بحيث يصبح الالتزام معه مستوفيا أركانه وشروط صحته، غاية الأمر انه معلق على حدوث هذه الواقعة المستقبلية، فينتهى التعليق القائم بحدوث الواقعة او عدم حدوثها فينفسخ الالتزام أو يتأكد وفى هذا إشارة الى نوعي الشرط- كوصف فى الالتزام- كما سنوضحه فى المبحث الثانى بمشيئة الله تعـــالى .

الفرع الثانى : تمييز الشرط عما يشتبه به :

== civ. Iv, n° 241; D. 1981, I.R.441, obs. Audit) et des modalités d'exécution de l'engagement contracté (civ. 3e, 9 juill- 1984: Bull. civ. III, no 135).

(1) L'article 1168 du code civil: (" L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement future et incertain, at en la suspendant jusqu'dce qui L'évément arrive, soit en La résiliant selon que L'événement unvera ou n'arrivera pas ")

بعد تحديد مفهوم الشرط على النحو السابق ، نجد أن هذا المفهــــوم قد يختلط ببعض المفاهيم القانونية الأخرى ، فإذا كـان الشـرط أمـر مسـتقبل محتمل الوقوع ، فإنه يختلط بالأجل ، باعتباره هو الآخـر أمـر مسـتقبل إلا أنه محقق الوقوع . وإذا كان الشرط يتضح أمـره فـى المسـتقبل ، ومـن ثـم تترتب آثاره أو لاتترتب فإنه يختلط من هذه الوجهـة بفكـرة الوعـد بالتعـاقد ، حيث أن الإستقبال فى كل منهما أمر ضرورى . وايضا فإن لفظ الشـرط - فى حد ذاته - قد يختلط على السـامع بفكـرة الشـرط الجزائـى ، خاصـة أن كلا منهما يكون مصدره اتفاق الأطـراف ، فضـلا عن اشـتراك اللفظ بين الفكرتين ، وهو نفس الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف ، وهل يعتبر شرطا فاسخا كأحـد نوعى الشـرط - الذى يعتبر وصفا فـى الإلـتزام - أم لا ؟ كل هذه الأمور فى حاجة إلى بيان وإيضاح لتمييز الشـرط عمـا يشـتبه به من هذه الأفكار ، ويمكن توضيح ذلك فى النقاط التالية :

أولا : الشرط والأجل Terme

الأجل هو أمـر مسـتقبل محقق الوقـوع ، يـترتب علـى وقوعـه نفـاذ الإلتزام أو انقضاؤه [1] ، فإذا كان نفاذ الإلتزام مترتبا على حلول الأجل كان واقفا ، أما إذا كان انقضـاء الإلتزام مترتبـا علـى حلـول هـذا الأجـل ، كـان الأجل فاسخا فى هذه الحالة [2] .

ويتضح من هذا أن أهـم مقومـات الأجـل ، أنـه أمـر مسـتقبل ، وهـو عادة يكون ميعادا محددا للوفاء بالإلتزام أو لانقضائه . كما أنه حدث محقق الوقوع ، باعتباره ميعادا يضربه الطرفان لتنفيذ الإلتزام خلالـه . هـذا فضـلا

---

(1) م ١/٢٧١ مدنى مصرى .

(2) د. اسماعيل غانم ، فى النظريـة العامـة للإلـتزام ، ج ٢ أحكـام الإلـتزام والإثبـات ، ١٩٦٧ ، ص ٢٧٢ ، فقـرة ١٢٧ ، د. عبدالـرازق حســن فــرج ، النظريــة العامــة للإلتزام ، الكتـاب الثـانى أحكـام الإلـتزام ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٦ فقـرة ٩٩ ، د. جـلال العدوى ، أحكام الإلتزام ، الدار الجامعية ١٩٩٢ ، ص ٢٤١ فقرة ٣٢٨.

عن أنه أمر عارض في الإلتزام ، حيث من المتصور أن يقوم الإلتزام بدونه .

والأجل على هذا النحو أمر محقق الوقوع ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه [١] . بل إن هذا الأمر هو أهم مقومات الأجل قانونا ، ولذا فإن تعليق الإلتزام على موت أحد الأشخاص هو أجل لاشرط ، فالموت محقق الوقوع ، غاية الأمر أنه لايعلم وقته ، وبالتالى فإن الإلتزام المعلق عليه إلتزام موجود ، وإنما يؤجل نفاذه . فإذا التزم المشترى بأن يدفع للبائع ثمنا هو ايراد مرتب مدى الحياة ، فقد جعل المشترى لالتزامه أجلا فاسخا هو موت البائع ، والموت أمر محقق وإن كان لايعرف متى يقع . كما أن التزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن على حياته ، هو التزام مضاف إلى أجل واقف لامعلق على شرط واقف . ومن شدة الخلط بين الشرط والأجل في مثل هذا الفرض وجدنا بعض الفقهاء ، يرى أن الإلتزام في المثالين السابقين هو التزام معلق على شرط فاسخ أو واقف [٢] . ولهذا فإن الخلط بين الشرط والأجل يكون كبيرا في مثل هذا الفرض ، ومثله كذلك ماإذا اتفق على أن الوفاء بالإلتزام يكون عند المقدرة أو الميسرة أو عند الإمكان . فهل مثل هذا الفرض يكون الإلتزام فيه معلقا على شرط أم أجل ؟! .

تظهر أهمية هذا التساؤل في أن عقد الوفاء عند القدرة ، لو حمل محمل الشرط لجاز أن يمنع الوفاء من المدين أبدا ، وأن يمتنع حلول الدين حتى بعد وفاته ، فقد يعيش المدين معسرا ويموت كذلك ، فلا يكون للدائن

---

(١) م ٢/٢٧١ مدنى مصرى .

(٢) د. سمير تناغو ، د. محمد حسين منصور ، القانون والالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ ، ص ٢٥٦ وما بعدها ، فقرة ١٨٩ . ويرى الدكتور السنهورى أن الالتزام فى هذه الحالة هو التزام معلق على أجل لامعلق على شرط ، على أن الموت فى هذه الحالة قد يكون شرطا إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات (د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٠ ، ٢١) .

اقتضاء حقه حيال حياته ، وليس له كذلك أن يشارك غيره من الدائنين فى التنفيذ على تركة المدين بعد وفاته ، وذلك لتخلف الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الإلتزام . أما إذا حمل هذا الإتفاق محمل الأجل ، فإن التزام المدين يكون مؤكدا ، ويصبح الدين مستحق الأداء عند وفاة المدين على الأكثر ، حيث يشارك بقية الدائنين فى التنفيذ على أعيان تركة المدين .

وقد عرض القانون المدنى لهذه الفرضية ، وجعل العبرة فى ذلك بتحديد ماانصرفت اليه إرادة المتعاقدين وهل انصرفت هذه الإرادة إلى التعليق على شرط أم على أجل ؟ . غير أن المشرع المصرى قد أقام قرينة بمقتضاها يعتبر مثل هذا الاتفاق اضافة الى أجل لاتعليقا على شرط ، فيوجد الإلتزام بمجرد الإتفاق ، وعلى المدين أن يبذل فى سبيل الوفاء بالتزامه الجهد المعقول [1] .

على أن الأمر لايعدو أن يكون مجرد قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها، فإذا ثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل الإقتدار أو الميسرة شرطا ، كان وجود الإلتزام معلقا على شرط واقف ، فلا تطبق المادة ٢٧٢، وإذا توفى المدين معسرا ، فإن الإلتزام يتخلف نهائيا [2] .

ورغم اختلاط الشرط بالأجل هذا الإختلاط الكبير، إلا أنه مع ذلك يظل الفارق بينهما كبيرا أيضا ويمكن ايجاز ذلك فيما يلى :

يختلط الأجل بالشرط باعتبار أن كلا منهما أمر مستقبل ، فضلا عن فرضية الموت ، والوفاء عند المقدرة التى يختلط فيهما الأجل بالشرط إختلاطا كبيرا ، إلا أن الأجل يتميز عن الشرط ، ومن ثم يفترق عنه فى النواحى الآتية :

---

(1) م ٢٧٢ مدنى مصرى .

(2) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ ، فقرة ١٣٠ ، د. جلال العدوى، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

١ - الأجل أمر محقق الوقوع . بخلاف الشرط فإنه أمر إحتمالى وليس محقق الوقوع .

٢ - الشرط كالأجل ، كلاهما وصف عارض فى الإلتزام ، ولكنهما يختلفان من حيث الأثر ، فالأجل لا اثر له فى وجود الإلتزام ، فإن كان واقفا ، فالالتزام موجود قبل تحققه ، وإن كان إلتزاما غير نافذ ولا يصير نافذا إلا من وقت تحقق الأجل . وإذا كان الأجل فاسخا ، فالالتزام موجود ونافذ إلى أن يتحقق الأجل ، ومتى تحقق انقضى الإلتزام منذ ذلك الوقت ، دون أن يؤثر ذلك فى وجوده السابق ، وذلك على عكس الشرط ، الذى يترتب عليه وجود الإلتزام إن كان واقفا منذ العقد لا من وقت تحقق الشرط ، أو انقضاؤه إن كان فاسخا منذ البداية ايضا . حيث أن للشرط اثر رجعى بخلاف الأجل ، فليس للأجل أثر رجعي [١] .

٣ - مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى [٢] فى حين نجد أن مصدر الأجل قد يكون الإتفاق (الإرادة) ، أو القانون ، أو القضاء . فالأجل الإتفاقى ماكان مصدره إتفاق المتعاقدين ، الذى قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الإلتزام ، كالشأن فى الإلتزام بتوريد أغذية للمدارس ، إذ تفيد طبيعته أنه مضاف إلى أجل واقف هو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو نهايتها . والأجل القانونى هو الأجل الذى يحدده القانون ، مثاله فى الأجل الواقف مايقضى به قانون المرافعات من إلزام الراسى عليه المزاد بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة اشهر التالية لصيرورة البيع نهائيا ، وذلك فى التنفيذ العقارى [٣] ومثاله فى الأجل الفاسخ ، مايقضى به القانون المدنى من اعتبار الايراد المرتب مدى الحياة مرهون بموت الشخص الذى يتفق على أن يمنح الإيراد

---

(١) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ وما بعدها ، د. جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

(٢) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها فقرة ٢٣ ، ٢٤ .

(٣) م ٦٧٣ مرافعات .

مدى حياته [١] أما الأجل القضائى فهو الذى يكون مصدره القضاء ، ومن أوضح أمثلته مايسمى فى القانون بنظرة الميسرة ، وهى ذلك الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين ، رغم استحقاق دينه ، وذلك بشروط خاصة ، ولمدة معقولة إنتظارا ليساره [٢] .

٤ - إذا كان كل من الشرط والإجل وصفا فى الإلتزام ، إلا أن الأجل الفاسخ ليس وصفا بالمعنى الدقيق ، فهو لايعدل من آثار الإلتزام ، بل هو الطريق الطبيعى لانتهاء الإلتزام الزمنى ، إذ هو يحدد مدة بقاء ذلك الآلتزام، ولهذا فإنه قد يكون أكثر دقة فى التعبير أن يقال عنه الأجل المنهى بدلا من الأجل الفاسخ ، فهى الترجمة الحقيقية للفظ Terme extinctif ، أن لفظ الفسخ قد يثير فى الذهن معنى الأثر الرجعى ، فى حين أن الأجل مجرد من هذا الأثر[٣]

وهكذا نجد اختلافا كبيرا بين الشرط والأجل ، بالرغم من وجود خلط كبير بينهما .

ثانيا : الشرط والوعد بالتعاقد Prdmesse de contrat

يختلط الشرط بالوعد بالتعاقد ، باعتبار أن كلا منهما أمر مستقبل ، وباعتبار الأثر المترتب على عملية الوعد ، فالوعد بالتعاقد ماهو إلا عقد معلق تنفيذه على شرط ، أو مضاف إلى أجل ، خاصة إذا كان هذا الوعد

---

(١) م ١/٧٤١ مدنى مصرى . وانظر كذلك م ٧١٤ التى تقضى بانتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل .

(٢) م ٣٤٦ /٢ مدنى مصرى وهى التى أجازت ذلك للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون .

(٣) راجع فى توضيح ذلك : د. عبدالحى حجازى فى رسالته " عقد المدة " ص ٢٣٠ ، ولنفس المؤلف ، النظرية العامة للإلتزام ، ط ١٩٥٤ ، ج ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

ملزم للجانبين [١] ومن هنا برزت عملية الإختلاط بين الوعد والشرط ، وهل يعتبر الوعد فى هذه الحالة شرطا ، لاينعقد الإلتزام إلا بتحققه أم لا ؟!

يمكن توضيح ذلك ببيان المضمون بالوعد بالتعاقد وشروطه وآثاره وذلك على النحو التالى :

١ - المقصود بالوعد بالتعاقد

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد فى المستقبل إذا أظهر الموعود له رغبته فى ذلك ، خلال المدة المتفق عليها ، فهو عقد يتم بإيجاب من الواعد [٢] وقبول من الموعود له ، ولكنه يمهد لعقد آخر هوالعقد الموعود به . وهو بهذا قد يكون ملزما لجانب واحد (الواعد) حيث يلتزم بايجابه طيلة الفترة المحددة ، ولايقع أية التزامات على عاتق الموعود له بشئ ، وقد يكون ملزما للجانبين ، وعندئذ يسمى اتفاقا أو عقدا ابتدائيا[٣] Contrat Préliminaire .

٢ - شروط الوعد بالتعاقد :

حددت المادة ١٠١ من القانون المدنى [٤] شروط الوعد بالتعاقد على النحو التالى :

---

(١) د. جميل الشرقاوى فى النظرية العامة للإلتزام ، ج ١ ، ط ١٩٧٥ ، ص ٢٨٧ ، د. محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى نظرية الإلتزام ، ج ١ (١٩٧٦) ص ١٢١ .

(٢) راجع فى تعريف الإيجاب ، كتابنا : الوجيز فى مصادر الإلتزام ، ج ١ ، ١٤١٨ هـ ، ص ٣٧، فقرة ٢٠ . وانظر فى تعريفه فى الفقه الفرنسى وأنه ماهو إلا اقتراح بإبرام عقد معين ، وفقا لشروط معينة Ghestin : Traitéde de droit civil , Les obligations, le contrat: Formation, 2e ed 1988, p.219.

(٣) كتابنا : الوجيز ، المرجع السابق ، ص ٥١ فقرة ٥١ .

(٤) تنص المادة ١٠١ من القانون المدنى المصرى على مايلى : (١) الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لاينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها . (٢) ==

أ - الوعد بالتعاقد عقد ، فلا بد لكى ينعقد أن تتوافر فيه الشروط العامة فى التراضى ، من وجوده والتعبير عنه ، واتجاهه لإحداث آثار قانونية معينة

ب - تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه ، والمقصود بها أركان العقد وشروطه الأساسية والتى ماكان العقد يتم بدونها [١]

ج - تحديد المدة التى يجب فيها إبرام العقد الموعود به صراحة أو ضمنا .

د - إتمام الشكل المطلوب قانونا ، إذا كان العقد الموعود به من العقود الشكلية .

٣ - آثار الوعد بالتعاقد :

يجب أن نفرق فى ذلك بين مرحلتين :

الأولى : قبل أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد ، ففى هذه الحالة لاينتج العقد الموعود به أى أثر قانونى ، ولكن يلتزم الواعد بأن يمتنع عن كل مايحول دون انعقاد العقد الموعود به ، وليس للموعود له فى هذه الحالة إلا حق شخصى عند الواعد ، بمقتضاه يطالبه بتنفيذ الوعد .[٢]

الثانية : إذا أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد خلال المدة المتفق عليها ، ففى هذه الحالة ينتج العقد الموعود به أثره من هذا الوقت ، لا من وقت إبداء الرغبة فى التعاقد ، ويجب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ التزامه حينئذ .

== وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٣/٤/٢١ (مجموعة أحكام النقض المدنى ، س ٢٤ ص ١١٥ رقم ٦٤٩ .

(٢) الوجيز للمؤلف ، المرجع السابق ، ص ٥٥ فقرة ٣٧ .

من هذا العرض السريع للوعد بالتعاقد ، يتضح أن هذا الوعد ماهو إلا وعد بعقد صادر من أحد المتعاقدين ، قد يكون هو البائع وقد يكون هو المشترى ، على أن يتم إنعقاد هذا العقد بمجرد إبداء الرغبة من الطرف الموعود له . وهو ماجعل البعض يعتبره عقدا معلقا على شرط ، أو مضافا إلى أجل (١) .

والحقيقة أن الوعد بهذا الشكل يختلف عن الشرط . فإذا كان كل منهما أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، حيث قد يبدى الموعود له رغبته فى التعاقد ، خلال المدة المحددة وقد لايبدى رغبته خلالها ، وإلا سقط حقه فى أبداء هذه الرغبة ، بخلاف الشرط ، فليس لتحققه ميعاد معين ، وإلا كنا أمام أجل لا شرط . يضاف الى ذلك أن للشرط فى مرحلة التعليق آثار لايوجد مثلها فى مرحلة ماقبل إبداء الرغبة من الموعود له ، ويمكن أن يطلق عليها أيضا مرحلة التعليق ، ففى الشرط نجد أن للدائن أن يتخذ من الإجراءات التحفظية مايمكن أن يحافظ به على حقه ، بخلاف الموعود له فى هذه المرحلة ، فليس له إلا حق شخصى فقط تجاه المدين ، يطالبه فيه بتنفيذ الوعد متى أظهر رغبته فى العقد الموعود به . هذا فضلا عن أن الوعد بالتعاقد إذا تم، أى إذا أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد خلال المدة المحددة ، فإن العقد فى هذه الحالة ينعقد بأثر فورى ، فليس للوعد بالتعاقد أثر رجعى ، بخلاف الشرط فإن له اثر رجعى سواء كان واقفا أو فاسخا . وأخيرا يلاحظ أن الموعود له إذا لم يظهر رغبته فى إتمام العقد ، أو سكت إلى حين إنقضاء المدة المتفق عليها ، فإن الوعد يسقط (٢) بخلاف الشرط فإنه لايسقط مهما طال الزمن ، طالما لم يحدد لوقوعه فترة زمنية محددة ،

---

(١) د. عبدالناصر العطار ، نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول ، ١٩٧٥ ، ص ٨٦ .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للإلتزام ، الدار الجامعية ١٩٩١ ، ص ١٢٤ هامش (٢) .

فإن تحددت له مدة معينة يقع فيها ، وإلا اعتبر غير متحقق . وفى هذه الحالة يقترب كثيرا من الوعد بالتعاقد .

ثالثا : الشرط والشرط الجزائى La, Clause Penale

الشرط الجزائى هو إتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه ، وهو يرد ضمن شروط العقد ، وقد يرد فى اتفاق لاحق عن العقد (م ٢٢٣ مدنى مصرى) [١] .

وهو فى جميع الأحوال لاينشئ التزاما جديدا على عاتق المدين ، ولكنه مجرد وسيلة اتفاقية لتحديد الطريقة التى يمكن بها تحريك عنصر المسئولية فى التزام المدين . ولذا فإن الشرط الجزائى يتبع التزام المدين الأصلى ، ويظل محكوما بشروط هذا الإلتزام وآثاره [٢] . فإذا أخل المدين بالتزامه أو تأخر فى التنفيذ ، كان المقدار المتفق عليه مستحقا ، والشرط الجزائى لايستحق بذاته ، وإنما يستحق للإخلال بالإلتزام الأصلى [٣]

من هذا العرض يتضح أن الشرط الجزائى أمر مستقبل كالشرط سواء بسواء ، فضلا عن أنه ناتج عن إتفاق الطرفين فى العقد كالشرط أيضا ، هذا بخلاف المشترك اللفظى بين المفهومين . يضاف إلى ذلك أنه فى حالة استحقاق الشرط الجزائى ، فإنه يتم الوفاء به كما تم تقديره سلفا منذ بداية التعاقد ، لا من وقت الإخلال بالإلتزام ، وهو مايعنى أن للشرط الجزائى

---

(١) د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٩ وما بعدها فقرة ٢٨ . د. جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ فقرة ١٦٦ . وانظر فى هذا التعريف : Alain Bénabent: Droit civil, Les obligations, Montchrestien 1987, P.146, n.298.

(٢) د. سمير تناغو ، د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ فقرة ١٧٠، نقض مدنى فى ١٩٨٧/٥/١٧ (طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٥١ ق) .

(٣) د. احمد عبدالحكيم العنانى ، الاتفاق على جبر أضرار مخالفة العقود ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية ، ص ١١ .

أثر رجعى كالشرط سواء بسواء . مما يوحى بأن بينهما خلط كبير ، ومع ذلك يظل الفارق بينهما واضحا ، ويمكن ايجازه فيما يلى :

١ - الشرط الجزائى تابع للإلتزام أصلى ، وليس الأمر كذلك بالنسبة للشرط كوصف فى الإلتزام ذاته .

٢ - الشرط الجزائى عبارة عن تعويض يتفق عليه مقدما بين أطراف التعاقد ، فى حين لايعتبر الشرط فى الإلتزام الموصوف تعويضا .

٣ - استحقاق الشرط الجزائى قد يكون متوقفا على محض إرادة المدين ، كما لو أخل بإرادته بالتزامه ، مع وضعه فى الاعتبار تحمله للشرط الجزائى ، حيث قد يرى أن فى عدم التنفيذ أو الإخلال بالتنفيذ مصلحة تعود اليه ، فى حين نجد أن الشرط - كوصف فى الإلتزام - لابد وأن يكون احتماليا ، أى غير متوقف على محض إرادة أحد المتعاقدين ، على نحو ما سيأتى عند الكلام عن مقومات الشرط .

٤ - يقوم الإلتزام صحيحا مع الشرط الجزائى ، غاية الأمر أنه يستحق فى حالة الإخلال بتنفيذ الإلتزام أو التأخر فى هذا التنفيذ ، فى حين لايقوم الإلتزام أصلا فى حالة الشرط الواقف ، أما الشرط الفاسخ فإن الإلتزام معه يقوم صحيحا ، غير أنه مهدد بالزوال فى أية لحظة يتحقق فيها الشرط الفاسخ .

٥ - قد يقال إن الإلتزام المنصوص فيه على شرط جزائى هو التزام مشروط ، ومع ذلك يظل الفرق بينه وبين الشرط كوصف فى الالتزام قائما، حيث أن الأول الشرط فيه محقق ومحدد بخلاف الثانى فإن الشرط فيه إحتمالى ومجهول .

رابعا : الشرط وشرط المنع من التصرف :

قد يثار للوهلة الأولى أن الإلتزام المتضمن شرط المنع من التصرف ماهو إلا إلتزام معلق على شرط فاسخ هو ، مخالفة المنع (الحظر) الوارد بالإلتزام ، ومن ثم فإن شرط المنع من التصرف هو وصف يلحق الإلتزام كالشرط سواء بسواء .

والحقيقة أنه بالرغم من التقارب الواضح بين الشرط كوصف فى الإلتزام ، خاصة الناسخ منه ، وبين شرط المنع من التصرف ، حيث يترتب على مخالفته بطلان التصرف ، إلا أن الفرق بينهما مازال واضحا . ذلك أن شرط المنع من التصرف لكى يكون صحيحا لابد وأن تتوافر فيه شروط ثلاثة هى :

١ - ضرورة ورود الشرط فى عقد ناقل للملكية .

٢ - أن يكون الشرط المانع من التصرف مبنيا على باعث مشروع .

٣ - أن يكون الشرط المانع من التصرف معقول المدة (م ١/٨٢٣ مدنى مصرى) [1] .

ذلك أن شرط المنع من التصرف الذى يتم الإتفاق عليه بين أطراف التعاقد لايكون صحيحا إلا إذا استجمع هذه الشروط ، وبالتالى يترتب عليه آثاره التى تتلخص فى عدم جواز التصرف الممنوع ، وعدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه .

---

(١) راجع فى شرط المنع من التصرف عموما : د. محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥١ ، ج ١، ص ١١ وما بعدها ، د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٥٩ ، ج ١ ص ٥٢ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب ، موجز الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٢ ، ص ٢٥٩ فقرة ٢٤٧ ، د. ابراهيم ابو النجا ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة ١٩٩٧ ، ص ٧٤ وما بعدها .

ولهذا يبدو الشبه قريبا بين الشرط الفاسخ ، كوصف فى الإلتزام ، وبين الشرط المانع من التصرف ، وهذا الشبه يتمثل فى أن كلا منهما يأتى نتيجة إتفاق بين أطراف التعاقد ، فضلا عن أن كلا منهما لابد وأن يكون مبنيا على باعث أو سبب مشروع ، يضاف إلى ذلك أن فى مخالفة الشرط المانع من التصرف يترتب عليه بطلان التصرف المخالف (م ٨٢٤ مدنى مصرى) مما قد يوحى بأن الإلتزام المشتمل على هذا الشرط هو التزام معلق على شرط فاسخ .

والحقيقة أن المشرع المصرى قد حسم بنص المادة ٨٢٤ مدنى هذا الايهام ، حيث قرر أنه فى حالة مخالفة شرط المنع من التصرف ، فإن هذه المخالفة تكون باطلة ، ومعنى ذلك بطلان التصرف المخالف فقط مع بقاء التصرف الأصلى صحيحا وقائما . بخلاف الشرط الفاسخ ، الذى إذا تحقق انفسخ الإلتزام برمته وكأنه لم يولد أصلا . فضلا عن الفرق الواضح بين الفسخ فى الشرط ، والبطلان فى مخالفة الشرط المانع . يضاف إلى ذلك أن الشرط الفاسخ جائز فى كافة العقود بلا استثناء ، بخلاف الشرط المانع من التصرف فهو قاصر على العقد الناقل للملكية ، سواء كان بإرادة واحدة كالوصية أو بإرادتين كالبيع ونحوه . هذا بخلاف أن الشرط المانع لابد وأن يكون له مدة معقولة ، بخلاف الشرط الفاسخ ، فالأصل أنه لايتحدد له مدة يتحقق فيها ، ولكن يجوز تحديد مدة لتحقيق هذا الشرط الفاسخ ، فإن تحقق خلالها زال الإلتزام ، وبأثر رجعى ، وإلا تأيد الإلتزام بعد نهاية هذه المدة . أما فى الشرط المانع من التصرف فإنه ينتهى بنهاية المدة المحددة ، ويصبح التصرف بعدها مجردا منه ، بحيث يجوز التصرف فى الشئ الذى كان ممنوعا التصرف فيه .

وبهذا يستقيم لنا تعريف الشرط ، وتتضح معالمه ، وتتحدد جوانبه ، بحيث لايختلط بغيره من الأفكار القانونية التى قد تشتبه به .

المبحث الثانى

أنـــواع الشـــرط

يتضح من تعريف الشرط، انه يوجد له نوعان هما الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

أولا : الشرط الواقف .

هو الشرط الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام، وقبل هذا التحقق لا يكون الالتزام موجودا [١] .

حيث تنص المادة ١/٢٦٥ مدنى على أن " يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده او زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع" فإذا كان وجود الالتزام متوقفا على الشرط، بحيث اذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف لم يوجد، فان الشرط يكون فى هذه الحالة شرطا واقفا.

فالشرط الواقف إذن هو ذلك الشرط الذى يتوقف على وجوده وجود الالتزام، وعلى تخلفه عدم وجود الالتزام. باعتبار انه لم يخرج الى الوجود أصلا، كمن وعد شخص بجائزة اذا هو نجح فى الامتحان مثلا، فان التزامه بدفع الجائزة لا يوجد قبل النجاح، فإذا لم ينجح، فان الالتزام بدفع الجائزة يعتبر كأنه لم ينشأ اصلا. أما اذا نجح فان التزام الواعد بدفع الجائزة يصبح التزاما نافذا يجوز للموعود له أن يطالبه بالتنفيذ.

ويعبر الفقه الفرنسى عن هذا النوع من الشرط بأنه الشرط المعلق condition suspensive وهو من وجهة نظرى التعبير الدقيق، بخلاف الشرط الواقف الذى يعنى به الفقه المصرى ذلك الشرط الذى يتوقف على وجوده الالتزام. فالتعليق للالتزام أدق من كونه واقفا ، فإذا وجد الشرط

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٤،د. احمد سلامه، المرجع السابق ، ص١٣٧، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص١٩٧.

المعلق كان الإلتزام موجودا وقائما ، وهو ماعبر عنه المشرع المصرى بالمادة ١/٢٦٥ آنفا حيث ذكر أن الالتزام يكون معلقا على شرط .. الخ. فذكر التعليق ولم يذكر انه واقف، وقد يكون ذلك هو الترجمة الدقيقة لكلمة suspensive التى يعنى بها الفقه الفرنسى ان الشرط معها يكون معلقا. ويمكن الجمع بين الفقهين بالتعبير عن هذا النوع بأنه " الشرط المعلق الواقف" .

والشرط المعلق فى الفقه الفرنسى هو ذلك الشرط الذى يؤثر على مولد الالتزام ، ويضيف هذا الفقه ان عدم التيقن من حدوث الواقعة يضع عليها شرطا ، مع وجود ثمة جهل بما اذا كان الأطراف يصبح كل منهم دائنا ومدينا على التوالى، فموقف الأطراف من الالتزام المعلق لم يتضح قبل حدوث الواقعة - محل التعليق - مثال ذلك. ان أعدك ببيع كتبى القانونية عندما أكون قد تقدمت للامتحان الخاص بالدور القريب. وحينئذ فإننا نجد بيعا شرطيا، حيث يتوقف وجود البيع على واقعة مستقبلية، وهى واقعة غير مؤكدة للأسف [١].

وما هذا الأمر الا النوع الأول من الشرط والذى يطلق عليه الشرط المعلق فى الحقيقة. ففى المثال المذكور نجد أن وجود البيع هو وجود معلق حتى تعرف نتيجة التقدم للامتحان، وقد نص على هذا النوع المشرع الفرنسى فى المادة ١١٨١ عندما قضى بان الالتزام يكون شرطيا حينما يتوقف على واقعة تحدث فى الحقيقة، غير انها لا تزال غير معروفة للأطراف.

L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend " d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties".

---

(١) انظر : هنرى رولاند ولوران بوييه، المرجع السابق، ص٤٣٣ فقرة ١٠٤٧.

ويضيف نفس النص بأن التزام فى هذا الفرض يؤتى ثماره من لدن يوم التعاقد عليه. وبالتالى فليس لهذا النوع من الالتزام وجود قبل وجود الحق المعلق عليه(١).

ثانيا : الشرط الفاسخ :

يعتبر الشرط الفاسخ على العكس من الشرط الواقف أو المعلق، فإذا كان وجود الالتزام فى الشرط الأخير معلقا على تحققه، فان الالتزام فى الشرط الفاسخ التزام موجود وقائم، لم يعكر صفو وجوده شئ اللهم الا تحقق ذلك الشرط ، ففى هذه الحالة يتم زوال ما وجد من التزام سابق، وينتهى معه هذا الكيان الذى تم بناؤه وانتج ثماره، بحيث يصبح أنه لم يكن قائما من قبل، كلما كان ذلك ممكنا . ولذلك فإن الشرط الفاسخ هو ذلك الشرط الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام، وعلى تخلفه بقاء الالتزام صحيحا كما قام، فان تأكد تخلفه صح الالتزام السابق دون وجود ما يزعزع كيانه الى الأبد. ومن ثم فان الالتزام المعلق على شرط فاسخ، يكون قبل تحقق هذا الشرط موجودا ونافذا، فإذا تحقق فانه يزول وينقضى (٢) .

مثال ذلك : ان يتفق المؤجر والمستأجر على إنهاء الايجار فى حالة نقل المستأجر الى بلد آخر، فان تحقق النقل انقضى الالتزام الناشئ عن عقد الايجار . فان النقل فى هذه الحالة وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يعتبر شرطا فاسخا، فإذا تحقق ترتب عليه زوال الالتزام وهو الايجار ، أما اذا تخلف النقل وتم التأكد من ذلك فان عقد الايجار يصبح باتا لا معلقا.

ومن وجهة نظرى أن هذا النوع ما سمى بكونه فاسخا الا أنه ينهى الالتزام فقط عند تحققه وإلا فانه التزام معلق أيضا، بمعنى ان الالتزام مع

---

(1) Alex Weill: les obligations. 1985 P. 948.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق ، ص٣٥د. سليمان مرقص، احكام الالتزام، فقرة ٧٤١، د. لبيب شنب، المرجع السابق فقرة ٣١٧.

وجود الشرط الفاسخ هذا ، ما هو إلا التزام معلق لحين التأكد من وقوع الشرط أو عدم وقوعه، مع اختلاف الأثر فى الحالتين، ولذا فهو التزام غير مستقر بالرغم من وجوده وترتيب آثاره بل كافة آثاره. ومع ذلك فهو معلق ورهن وقوع الشرط الفاسخ، ولهذا يستمر عدم الاتزان معه متواجدا وشبه إلغائه قائمة ، وليس هذا الا التعليق. ولهذا فانه يحسن بنا ان نطلق على هذا النوع من الشرط كتعبير دقيق" الشرط المعلق الفاسخ" بالمقابلة بالتعبير الدقيق للنوع الأول " الشرط المعلق الواقف" وكأن التعليق صفة مشتركة فى النوعين معا .

ويلاحظ ان الفقه الفرنسى يعبر عن هذا النوع بالشرط اللاغى condition résolutoire ويقصد به ذلك الالتزام الذى سبق إنشاؤه ، كما انه شرطى، وهذه هى صياغته، كما ان قطع رابطة الحق تعتمد على واقعة يكون تحقيقها غير معروف [١] ويضرب الفقه الفرنسى لهذا النوع من الشرط المثال الآتي، تبرع بيير بعشرة آلاف فرنك لاندريه، غير انه وضع شرطا يقضى بإلغاء هذا التبرع اذا توفى بيير قبل اندريه. فإذا تحقق هذا الشرط وسبق الواهب الموهوب له فى الوفاة ، فان قيمة التبرع تعود الى الذمة المالية للواهب وهو ما يسمى بشرط العودة clause de retour . وهذه الواقعة مستقبليه غير محققة، حيث لا يمكن معرفة من سوف يبقى على قيد الحياة ، ومن سيتوفى أولا. غير أن هذا التبرع لا يوقف الالتزام، فهذا الالتزام يتم تنفيذه بانتظار وفاة أحد المتعاقدين، فإذا ما تحقق الشرط فان بيير سيأخذ مرة ثانية هذا المبلغ، حيث يلغى عقد التبرع [٢].

وبهذا يتضح أن الشرط كوصف فى الالتزام قد يكون مؤثرا فى وجوده- إذا كان واقفا- أو يكون مؤثرا فى زواله - إذا كان فاسخا أو لاغيا.

([1]) sur la distinvtion entre condition résolutoire et clause résoltoire, civ. 3[e] 10 juin, 1971: Bull. civ. III n[o] 375, P. 267.

([٢]) انظر : هنرى رولاند، ولوران بوييه ، المرجع السابق، ص٤٣٣ وما بعدها فقرة ١٠٤٨.

غير أنه قد يصعب فى بعض الحالات معرفة ما اذا كان المقصود هو تعليق الالتزام على شرط واقف ام على شرط فاسخ. كما فى حالة البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة. فهل الشرط هنا واقف بحيث لا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة، أم هو شرط فاسخ بحيث ينفذ البيع فى الحال على أن ينفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟

فى هذه الحالة يتعين على القاضى تحديد نوع الشرط بالرجوع الى نية المتعاقدين وظروف التعاقد ، وهذه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض [1] .

ولقد حكم بأن الشرط المدون فى عقد البيع لا يكون باتا الا بعد دفع قسطين من الثمن، ويجوز بعد ذلك للمشترى التصرف فى المبيع، فهذا الشرط فاسخ ، يتمكن به البائع من فسخ البيع بالنسبة إلى من تصرف له المشترى قبل دفع القسطين، ولا يعتبر شرطا واقفا [2] .

هذا ويلاحظ ان الواقعة التى يطلق عليها الالتزام قد تعتبر شرطا فاسخا بالنسبة لأحد طرفية، وشرطا واقفا بالنسبة للطرف الآخر. فمثلا : إذا علق نقل الملكية على شرط واقف ظلت الملكية ثابته للبائع تحت شرط فاسخ، بينما هى للمشترى لا تنتقل الا بتحقق الشرط الواقف، ولهذا فإن البعض من الشراح يذهب إلى أن الشرط الواقف والفاسخ وجهان لواقعة واحدة، وهو ما يؤكد ما ذهبنا إليه من اعتبار كل منهما شرطا معلقا بغض النظر عن كونه واقفا أو فاسخا. فى حين يرى البعض الآخر جواز قيام كل من الشرطين منفصلا عن الآخر [3] .

---

(1) د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص١٩٧ بند ٢١٦، د. السنهورى، المرجع السابق، ص٣٧.

(2) استئناف مختلط فى ١٩٩٣/٣/٧ م٤٥ ص١٩٤. وانظر كذلك : نقض مدنى فى ١٩٤٠/٥/٩ (مجموعة عمر ج٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤).

(3) نقل هذا الخلاف الدكتور / أنور سلطان، المرجع السابق ، ص ١٩٧،١٩٨.

وتجدر الإشارة الى أن القانون الرومانى عرف أولا الشرط الواقف وحده، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غراره، فهو فى نظر القانون الرومانى شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام [١] .

وبناء على ما سبق فإن حدوث الشرط - معلقا أو لاغيا - إنما يعد التكوين المحدد، أو هو اختفاء أو غياب رابطة الحق بين الدائن والمدين، والتى تتوقف على واقعة مستقبلية (مؤكدة) ، فإذا كان العقد ناقلا للملكية - كالبيع- فان الملكية التى يكسبها المشترى تجد نفسها تحت تأثير الشرط سالف الذكر ، فيكون للمشترى حق الملكية الشرطى والمعلق بحدوث الشرط، أو حق الملكية الملغى عند تحقق هذا الشرط [٢].

هذا كله بالرغم من أن الشرط يلقى بظلال من الشك على وجود الالتزام- أو على الأقل على إتمامه وذلك من ناحيتين، فمن جهة : نجد أن هذا هو الالتزام أو هو ميلاد الالتزام ذاته وهو التزام تابع للحادث الخاص بالشرط، وعندئذ يقال ان هذا الشرط معلق. ومن جهة أخرى : فهذا هو إلغاء الالتزام الذى قد ينشط تحقيق الشرط، وهذا الأمر هو ما يقال عنه عندئذ بأنه لاغ [٣].

غير أن فائدة التعاقد الخاضع للشرط المعلق أو اللاغى تكمن فى انها تجيز للأطراف القيام ببعض التنبؤات ، وذلك بافتراض أخطار معينة وبملائمة اتفاقهم مع الظروف القائمة، ولهذا لا يجيز القانون إدراج أى من الشروط فى العقد، الا ما كان منها صحيحا متفقا مع مقوماته القانونية ، وهو ما نعرض له فى المبحث التالى بمشيئة الله تعالى .

---

(١) راجع : اهرنج فى روح القانون الرومانى ، ج٤ ص١٦٤ (مشار اليه د. السنهورى، المرجع السابق ، ص٣٧ هامش (١)) .

(٢) هنرى رولاند ولوران بوييه، المرجع السابق ، ص٤٣٤ ، فقرة ١٠٤٩.

(٣) انظر : جبريل مارتى وبيير رينود وفيليب جستاز، المرجع السابق، ص٦٤ فقرة ٧٠.

المبحث الثالث

مقومـــات الشـــرط

أولا : فى القانون المصرى

لما كان الشرط أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع، فانه لابد من توافـر جملة من الخصائص هى مقدمات الشرط من الناحية القانونية، متـى توافـرت هذه المقومات رتب القانون عليه أثره، وإلا ما كانت هنـاك آثـار قانونيـة مـن جراء الالتزامات المشروطة .

ولقد نـص المشـرع المصـرى علـى الخصـائص الواجـب توافرهـا لصلاحية الواقعـة كشـرط، فنـص فـى المـادة ٢٦٥ مدنـى علـى أنـه " يكـون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا علـى أمـر مسـتقبل غير محقق الوقوع "[1] .

كما نص فى المادة ٢٦٦ مدنى على أنه :

١- لا يكون الالتزام قائمـا إذا علـق علـى شـرط غيـر ممكـن أو علـى شـرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسـخا، فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم.

٢- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخـالف لـلآداب أو للنظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام "[2] .

---

(١) راجع فى تاريخ ورود هذا النص ومـا يقابلـه فـى التقنينـات العربيـة مـا ذكرنـاه فـى تعريف الشرط.

(٢) ورد هذا النص بالمادة ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجـه الـذى اسـتقر بـه فـى التقنين المدنى الجديد، وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٨ فى المشروع النهـائى، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقـم المـادة ٢٦٦ (مجموعـة الأعمـال التحضيرية ج٣ ص٨ وما بعدها) .

ونص كذلك فى المادة ٢٦٧ مدنى على انه " لا يكـون الالـتزام قائمـا إذا علق على شرط واقف يجعـل وجـود الالـتزام متوقفـا علـى محـض إرادة الملتزم " [١].

من هذه النصوص يتضح أن للشرط مقومات لابد مـن توافرهـا، وإلا ما رتب القانون عليه أثرا.

ويمكن إيضاح ذلك فى النقاط الآتية :

١ - الشرط أمر مستقبل "événement future"

يجب حتى تعتبر الواقعة شرطا فـى الالـتزام أن تكون مستقبلة، أى من الممكن أن تقع فـى الاستقبال بحيث يكـون تحققهـا لاحقـا علـى انعقـاد التصرف ، وذلك بعد الاتفاق عليه فيه، كأن يعد شخصا آخر بجائزة إذا عثر له على مال مفقود، أو يعـد الأب إبنـه بهبـة إذا هـو نجـح فـى امتحـان نهايـة العام. فمثل هذا الشرط يعتبر أمرا مستقبلا، بحيث اذا تحقـق فـى المسـتقبل التزم الواعد فـى المثـال الأول بالجـائزة، كمـا الـتزم الأب فـى المثـال الثـانى بالهبة . وبالتالى فان الالتزامات المترتبة على كل من الوعد والهبة التزامـات معلقة على شرط إذ يتوقف وجودها على تحقق هذا الشرط.

وأيضا لـو أوصـي زوج لزوجتـه بـدار تسكنها بعد وفاتـه، علـى أن تتفرغ لتربيـة أولاده منهـا ، فـلا تـتزوج بعده وإلا فسـخت الوصيـة، أو بـاع

== ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية : م٢٦٦ سورى، م٢٥٣ ليبى ، م٢٨٧ عراقى، م٨٢ لبنانى، م٣٤٢ كويتى، م٣٩٧ اردنى .

(١) ورد هذا النص فى المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ٢٧٩ فـى المشـروع النهـائى، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحـت رقـم المـادة ٢٦٧ (مجموعـة الأعمـال التحضيرية ج٣ ص١١ وما بعدها) .

ويقـابل هـذا النـص فـى التقنينـات العربيـة : م٢٦٧ سـورى، م٢٥٤ ليبـى، م٨٤ لبنانى، م٣٢٥ كويتى ، م٣٩٦ اردنى .

شخص لآخر أحد متجريه واشترط عليه أن يكون البيع مفسوخا إذا نافسه في المتجر الآخر الذى استبقاه. فان الشرط فى هذه الحالة أيضا يكون أمرا مستقبلا، ومن ثم فإن الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع تكون معلقة على شرط، إذ يتوقف زوالها على تحقق هذا الشرط (١) .

ومعنى ذلك أن الشرط لابد وأن يكون أمرا مستقبلا ، فإن كان ماضيا، أى سبق تحققه قبل إبرام التصرف، أو كان حاضرا، أى تحقق أثناء التصرف فلا يعتبر شرطا فى الحالتين، ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققه قبل التصرف أو أثناءه . فان كانا قد علقا وجود الالتزام عليه، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا، وإن كانا قد علقا عليه زوال الالتزام لم ينشأ الالتزام اصلا. فلو أن الواعد بالجائزة لمن يعثر على ماله المفقود أعطى هذا الوعد فى الوقت الذى تم فيه العثور فعلا على هذا المال او أثناء الوعد، فان الواعد فى هذه الحالة يلتزم التزاما منجزا لا معلقا. وأيضا لو أن الشخص الذى باع إحدى متجريه للآخر على أن ينفسخ البيع فى حالة ما إذا نافسة فى المتجر المتبقى، فى الوقت الذى تمت فيه المنافسة فعلا أو أثناء التصرف. فإن هذا الالتزام لا وجود له أصلا، حيث لم يقم بعد، فهو التزام غير موجود أصلا منذ البداية، وليس التزاما معلقا على شرط (٢) .

ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما نصه : " فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا. ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك " (٣) .

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق ،ص ١٧ بند ٦، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ بند ١٤٠،د. احمد سلامه، المرجع السابق ، ص ١٣٨ بند ١٠٦، د. انور سلطان، المرجع السابق ، ص ١٩٩، بند ٢١٩.

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٨٩، د. انور سلطان، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ،ج٣، ص٧. ولقد اشارت المادة ٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى الى هذا المعنى حينما نصت على أن " الشرط عارض ==

بيد أن الأمر المستقبل الذى ينطوى عليه الشرط قد يكون أمرا إيجابيا أو أمر سلبيا. ولا فرق فى الحكم بين ما إذا كان الشرط أمرا إيجابيا أو أمرا سلبيا، ولا يكاد يكون للتفرقة أهمية عملية إلا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف. ففى الشرط الإيجابي ، تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفا، أما فى الشرط السلبى فإن المدة عادة ما تكون طويلة، فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تتزوج بعد موت زوجها ، عليها ألا تتزوج طول حياتها (١)

٢- الشرط أمر محتمل الوقوع :

ومعنى احتمال الوقوع، الا يكون الأمر محقق الوقوع، كما يعنى الا يكون مستحيل الوقوع، ويعنى أخيرا ألا يكون متوقفا - وقوعه - على محض إرادة أطرافه (٢) . ويمكن تفصيل ذلك فى النقاط التالية :

أ- الا يكون الشرط محقق الوقوع : بمعنى أن يوجد شك فى وقوع هذا الشرط، فهذا الشك هو لب الشرط والصميم فيه. ولهذا فانه لا يكفى فى الواقعة- حتى يكون شرطا - أن تكون أمرا مستقبلا ، بل يجب كذلك ان تكون أمرا غير محقق الوقوع، فان كانت الواقعة محققة الوقوع كان التعليق عليها أجلا لا شرطا. فلو تعهد شخص لآخر بأن يعطيه هبة عند وفاة والده، فإن هذا التعهد يكون مقترنا بأجل وليس بشرط، لأن الوفاة وإن كانت أمرا مستقبلا، إلا أنها أمر محقق الوقوع ، أما لو تعهد بأن يدفع له هذه الهبة فى

== مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ... الى أن قالت . ان العارض الماضى أو الحاضر، وان جهله الفريقان، لا يعد شرطا بالمعنى المقصود فى هذه المادة " .

(١) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٩ بند ٨.

(٢) نصت المادة ٢/٢٨٦ من التقنين المدنى العراقى على انه " ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود، لا محققا ولا مستحيلا " وهذا تعبير استعير من الفقه الاسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط.

حالة وفاة والده خلال مدة معينة ، فان التعهد فى هذه الحالة يكون مقترنا بشرط، لأن الوفاة وإن كانت مؤكده الوقوع ، إلا أنها غير محققه فى هذه المدة المعينة، ولذا فإن الالتزام فى هذه الحالة يكون التزاما مشروطا بشرط صحيح[1] . فهذه الجزئية من مقومات الشرط هى الفارق الدقيق بين الشرط والأجل – كما أسلفنا – .

ب- ألا يكون الشرط مستحيل الوقع : كذلك لا يكون شرطا الأمر المستحيل الوقوع، فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل الوقوع، فإن الالتزام لا يوجد أصلا. إذ الاستحالة تتنافى مع الاحتمال ، ومن مقومات الشرط الصحيح أن يكون محتملا .

والاستحالة التى لا يعتبر معها الشرط صحيحا هى الاستحالة المطلقة، أى التى تقوم بالنسبة للجميع ، كمن يعد شخصا بجائزة مالية إذا أحيا له ميت عزيز لديه ، فهذه استحالة مطلقة لايقوم معها إلتزام اصلا ، أما الإستحالة النسبية ، وهى التى تقوم بالنسبة للبعض، فإنها لا تعيب الالتزام، كما انها لا تتنافى مع فكرة الاحتمال، ومن ثم فيكون معها الالتزام قائما كمن يهب مالا لمن يصعد الى الفضاء. فالصعود الى الفضاء له الآن رجاله – فقط – أما غيرهم فان الأمر بالنسبة لهم يكاد يكون مستحيلا. ولذا كانت الاستحالة هنا نسبية، ومع ذلك يقوم معها الالتزام صحيحا فى حق رجال الفضاء [2] .

وبهذا يتضح أن فكرة التعليق بالشرط تستلزم إمكانية وقوعه، وإن كان غير محقق هذا الوقوع. وهذا ما يجعل مصير الالتزام مجهولا، فإذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع انتقت حقيقة التعليق، إذ يكون من المحقق انها لن تقع بشرط أن تكون الاستحالة مطلقة – كما أسلفنا- يستوى

---

(1) د. السنهورى ، المرجع السابق ص ٢٠ وما بعدها ، بند ١٠، د. احمد سلامه، المرجع السابق، ص١٣٨ ، بند ١٠٧.

(2) المرجع السابق .

فى ذلك أن تكون الاستحالة المطلقة مادية ، وهى التى ترجع الى طبيعة الأشياء ، كمن يتعهد لآخر بجائزة إذا اكتشف له دواء يديم الحياة . أو تكون الاستحالة المطلقة قانونية، وهى التى ترجع الى حكم القانون، كمن يتعهد لآخر بهبة معينة إذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه فى تركة إنسان على قيد الحياة. أو كمن يتعهد بأن يأخذ عقاره بالشفعه، فى الوقت الذى يكون فيه المتعهد من غير الشفعاء أو كمن يتعهد لآخر بهبة اذا تزوج من المحرم [١].

ويكفى أن يكون الشرط ممكنا وقت التصرف، فان كان فى ذلك الوقت ممكنا، ثم اصبح بعد ذلك مستحيلا، فانه يكون شرطا صحيحا قد تخلف ، لا يقوم معه الالتزام فى الشرط الواقف، بينما يتأكد معه الالتزام فى الشرط الفاسخ. الا أنه قد يكون الشرط مستحيلا وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكنا فى ظروف من المألوف توقعها، فان الشرط فى هذه الحالة يكون صحيحا. إذ ربما نظر المشترط إلى احتمال تحقق هذه الظروف. ومن ثم يكون معها الشرط صحيحا[٢]

ج- ألا يكون تحقق الشرط متوقفا على محض إرادة المدين: قد يكون الشرط محتمل الوقوع، وممكنا ، إلا أنه يتعلق - فى وقوعه - بإرادة أحد طرفى الالتزام، الدائن أو المدين. وقد جرى الفقه على تقسيم الشرط من حيث تعلقه بإرادة طرفى الالتزام إلى ثلاثة أنواع وهى :

الشرط الاحتمالي ، والشرط المختلط ، و الشرط الإرادى. وهذا الشرط الأخير ينقسم بدوره الى شرط إرادى بسيط، وشرط إرادى محض. ويمكن توضيح الأنواع فيما يلى :

---

(١) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص ٢٩٢ بند ١٤٢.

(٢) د. السنهورى ، المرجع السابق ص٢٢ هامش (٢) .

أ - الشرط الاحتمالى condition casuelle

هو الشرط الذى يتوقف تحققه على محض الصدفة (du hasard) كظاهرة طبيعية قد تقع وقد لا تقع دون أى دخل لإرادة أحد طرفى الالتزام، أو يكون تحققه متوقفا على محض إرادة شخص من الغير، كأن يقول شخص لآخر: أبيعك عقارى إذ باع لي فلان- الغير - عقاره. والمتوقف على القدر المحض أن يقول شخص لآخر : أهبك مالا إذا رزقت بذكر .

هذا الشرط يعتبر صحيحا، سواء كان واقفا أو فاسخا. لأنه أمر لا هو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع، كما أن وقوعه لا يتعلق بمحض إرادة تحكمية .

ب - الشرط المختلط condition mixte

هو الشرط الذى يتوقف على محض إرادة أحد طرفى الالتزام ، الدائن أو المدين ، وإرادة شخص آخر من الغير ، وذلك فى وقت واحد. كأن يقول شخص لآخر : أهبك مالا معينا اذا تزوجتُ من فلانة . فالزواج هنا يتوقف على إرادة الواهب، وعلى إرادة من يريد الزواج بها، وهى هنا شخص من الغير.

وهذا الشرط كسابقه شرط صحيح أيضا، سواء كان واقفا أو فاسخا، لأنه وإن تعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام- المدين - إلا أنه تعلق فى ذات الوقت بأمر خارج عن الرابطة الالتزامية هذه، مما يجعل منه شرطا محتمل الوقوع لا محققا ولا مستحيلا .

ج - الشرط الإرادي condition potestative

هو الشرط الذى يتوقف على محض إرادة أحد طرفى الالتزام فقط. وهو نوعان هما .

١-الشرط الإرادي البسيط: condition simplement potestative

ويقصد به ذلك الشرط الذى يتوقف على إرادة أحد طرفى الالتزام والتى توجهها ظروف وملابسات أخرى غير هذه الإرادة، كما لو توقف الشرط على هذه الإرادة مقترنة بعمل معين. كأن يتعهد شخص بأن يستخدم شخص آخر إذا افتتح فرعا لتجارته فى مدينة معينة. أو يشترط فسخ الهبة إذا تزوج الواهب أو الموهوب له، دون أن يحدد شخص الزوجة وإلا كان الشرط مختلطا. فالإرادة هنا ليست على هواها فى أن تفتتح الفرع أو لا تفتتحه، وإنما توجهها ظروف ماليه واقتصادية معينة، وكذا الأمر بالنسبة للزواج للواهب أو الموهوب له. والشرط الإرادى البسيط يعتبر شرطا صحيحا، سواء كان معقودا بإرادة الدائن أو بإرادة المدين، وسواء كان واقفا أو فاسخا .

٢- الشرط الإرادى المحض Condition purement potestative

ويقصد به ذلك الشرط الذى يتوقف على محض إرادة أحد طرفى الالتزام دون أن توجه هذه الإرادة ظروف أو ملابسات أخرى غيرها. فالأمر فيه معقود بهوى أحد طرفى الالتزام، فيكون وجود الالتزام إن كان الشرط واقفا، أو زواله إذا كان الشرط فاسخا، رهينا بمشيئة أحد الطرفين، كأن يقول شخص لآخر: أهبك ألف جنيه اذا أردت أنا، أو أهبك ألف جنية اذا أردت أنت. أو أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يكون لكل منهما فسخ الايجار فى أى وقت يشاء.

هذا الشرط الإرادى المحض يكون صحيحا إذا تعلق بإرادة الدائن، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا [1]. أما إذا تعلق بمحض إرادة المدين، فإنه

---

[1] يلاحظ أن هذه الصورة تختلف عن صورة الوعد بالتعاقد كما اسلفنا عن الكلام عن الشرط والوعد بالتعاقد.

يكون صحيحا إذا كان فاسخا، ويبطل إذا كان واقفا [1]. وهذا ما عنته المادة ٢٦٧ مدنى حين قالت: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " والعلة فى ذلك أن المدين فى هذه الحالة لا يكون لديه نية الالتزام، بل يكون قوله هراء لا يعتد به القانون. كأن يلتزم المدين اذا أراد أو اذا رأى ذلك معقولا أو مناسبا.

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية، إذ ان الالتزام قد علق على محض إرادة المدين، إن شاء حقق الشرط، فيكون محقق بمحض إرادة المدين، وهذا لا يحدث فى غالب الأحوال، إذ لا يريد المدين أن يلزم نفسه بمحض إرادته، فيكون التعليق هنا باطلا. وإن شاء جعله يتخلف، وهنا يكون الشرط مستحيل الوقوع ولو بالنسبة للمدين فقط [2]. ولهذا قضى بأن اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشترى لحساب الغير، وأنه يعلن اسم هذا الغير متى شاء، يعتبر شرطا إراديا محضا، ومن ثم يكون باطلا، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة اسم الغير كان هو الملتزم شخصيا[3] .

وتجدر الإشارة إلى أن مجال الشرط الإرادى المحض إنما يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد، أما العقود الملزمة للجانبين فلا مجال فيها لإعمال هذا الشرط، إذ يجوز فيها أن يعلق المدين التزامه على محض إرادته، ما دام الالتزام المقابل متوقفا على وجود الالتزام الأول، لأن المدين فى هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، ولو بطريق الدفع بعدم التنفيذ ، ومن ثم فليس له إذن كامل الحرية فى أن يلتزم أو لا يلتزم[4] .

---

(1) نقض مدنى فى ١٩٩٦/٦/٧، مجموعة احكام النقض المدنى س١٧ رقم ١٣٢٣، د. عبد المنعم الصدة، أحكام الالتزام ١٩٥٥ فقرة ١٠، د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام ١٩٥٧ ص٣٤٠ فقرة ٢٤٤.

(2) د. السنهورى ، المرجع السابق، ص٢٥ وما بعدها .

(3) استئناف مختلط فى ١٩٦١/١٠/٣٠ م٢٩ ص٢٢. انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ ص١٢ وما بعدها) .

(4) د. السنهورى، المرجع السابق، ص١٤ هامش (٢).

وعلة التفرقة بين الشرط الفاسخ والواقف اذا كان إراديا محضا متعلقا بإرادة المدين، تكمن فى أن الشرط الفاسخ لا يمنع من نشوء الالتزام، وان بقى احتمال فسخه متوقفا على إرادة المدين، على حين يمتنع قيام الالتزام فى الشرط الواقف ، لانفراد المدين بعقدة الرابطة القانونية، بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم [١] .

٣- الشرط أمر غير مخالف للنظام العام والآداب:

بمعنى أن يكون الشرط مشروعا، ويقصد بالمشروعية فى ظل القانون الوضعى، ألا يكون الأمر المعلق عليه الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وهى بطبيعتها فكرة مرنه تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان. فى حين يقصد بها فى الفقه الإسلامي مراعاة الحلال والحرام. فدائرة المشروعية فى القانون الوضعى ترسمها فكرة النظام العام والآداب، فى حين ترسمها فكرة الحلال والحرام فى ظل قواعد الفقه الاسلامى، ويترتب على ذلك أن العمل قد يكون مشروعا فى القانون وغير مشروع فى الفقه الاسلامى كعمليات بيع الخمور حاليا[٢].

وعلى ذلك فإن الشرط لا بد وأن يكون مشروعا حتى يكون صحيحا. وقد استهدف المشرع الوضعى من مشروعية الشرط هذا ألا يندفع الأفراد تحت تأثير الرغبة فى الحصول على فوائد مادية إلى قبول التزامات معلقة على شروط غير مشروعة. ويلاحظ أنه يجب عدم الخلط بين عدم مشروعية الشرط ، وعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها تحقق الشرط. فمثلا : الجريمة عمل غير مشروع، إلا أن عدم مشروعيتها لا يستتبع حتما عدم مشروعية الشرط. فتعليق هبة مال على ارتكاب الموهوب له الجريمة، يعتبر شرطا غير مشروع، على حين ان اشتراط فسخ الهبة إذا ارتكب الموهوب له

---

(١) د. انور سلطان، المرجع السابق ، ص٢٠١.

(٢) راجع فى هذه الفكرة تفصيلا: كتابنا " الحيل فى القانون المدنى " ، دار الجامعة الجديدة ص ٢١٦-٢٢٢.

هذه الجريمة، يعتبر تعليقا على شرط مشروع، وبالعكس قد تكون الواقعة مشروعة والشرط غير مشروع، كتعليق فسخ الهبة على عدم ارتكاب الموهوب له جريمة معينة ، فعدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع، فى حين أن تعليق الشرط عليها على هذا النحو يؤدى إلى عدم مشروعيته. أى أن العبرة فى عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها ، بل بالغرض الذى يهدف إليه المتعاقدان منها. ولذا ذهب القضاء فى فرنسا إلى أن هبة الزوج لزوجته مالا على أن لاتتزوج بعد وفاته يعتبر شرطا مشروعا أو غير مشروع بحسب الباعث عليه، فإن كان الباعث عليه مشروعا، كما لو قصد بذلك التفرغ لتربية أولاده منها، كان الشرط مشروعا. وإذا كان الباعث غير مشروع، كالغيرة العمياء من جانب الزوج، كان الشرط غير مشروع، ومن ثم يكون باطلا[1].

ويمكن التمييز فى هذا الشأن بين الشرط غير المشرع والشرط المستحيل استحالة قانونية. فمثلا اشتراط عدم الزواج بأخرى من جانب الزوجة قد يكون شرطا مخالفا للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل قانونا، لكن اشتراط الزواج من محرم، يعتبر شرطا مستحيلا استحالة قانونية، وهو فى نفس الوقت مخالف للنظام العام، فكثيرا ما ترجع الاستحالة القانونية إلى مخالفة النظام العام [2]

٤- الشرط أمر عارض:

لما كان الشرط أمر خارجى تضيفه الإرادة الى التزام استكمل عناصر تكوينه - كما أسلفنا -، فإنه ينبغى أن يكون أمرا عارضا يلحق عنصرا جوهريا من عناصر الحق، ويترتب على ذلك أن الحق المضمون

---

(1) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٢٠٣ وما بعدها، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق ص٢٩٣.

(2) د. السنهورى، المرجع السابق ص٢٨ وما بعدها .

برهن، والحق التبعى عموما لا يعتبر حقا معلقا على شرط، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصرا جوهريا من عناصر هذا الحق .

ومعنى أن الشرط أمر عارض انه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره، فيكون الشرط أمرا عارضا لا يساهم فى تكوين هذا الحق، بل يضاف اليه بعد تكوينه، ويمكن تصور قيام الحق بدونه، ومن ثم فإن الشرط بهذا المعنى قد يوجد وقد لا يوجد. فإذا وجد كان الحق موصوفا، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك لأنه استكمل عناصر تكوينه، ويكون حقا غير موصوف أى حقا بسيطا منجزا [1].

ويذهب رأى فى الفقه الى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمرا مستقبلا غير محقق الوجود فهو شرط، ولو كان عنصرا جوهريا فى الالتزام ذاته وانما يراد بأن يكون الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حتما معلقا على شرط، بل الأصل فى الالتزام هو أن يكون غير مشروط، بمعنى أن يكون بسيطا منجزا. وهذا هو الأصل فى كل الالتزامات، فإن وصف بشرط فانه يستوى ان يلحق الوصف عنصرا جوهريا أو غير جوهرى فى الالتزام[2] .

- عدم استجماع مقومات الشرط:

رأينا أن الواقعة أو الأمر محل الشرط يجب أن يستجمع مقومات معينة حتى يصدق عليه وصف الشرط، وبالتالى فان تخلف أيا من هذه المقومات يترتب عليه جمله من النتائج يمكن توضيحها فيما يلى:

---

(1) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ١٩٥٤، ج ١، ص ١٧٨، د. السنهورى، المرجع السابق ص٣٠ بند ١٥ .

(2) د. السنهورى، المرجع السابق ص٣٠ هامش (١)،د. اسماعيل غانم- المرجع السابق ص٢٩٤ هامش (٢)

١- اذا لم يكن الأمر مستقبلاً، أى كان قد تحقق قبل الاتفاق عليه او أثناءه. فانه يفرق بين ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا . فان كان واقفا فان الالتزام يصبح منجزا أي بسيطا لا موصوفا، وان كان فاسخا امتنع نشوء الالتزام اصلا. لأن الطرفين يكونان قد علقا زوال الالتزام على أمر وقع بالفعل في الحقيقة، وعرضنا أن هذا الحكم يترتب ولو كان المتعاقدانيجهلان وقوعه وقت الاتفاق عليه.

٢- اذا لم يكن الأمر محتمل الوقوع، فإما أن يكون محقق الوقوع أو مستحيلا أو متعلقا بمحض إرادة المدين- كما أسلفنا-. فان كان محقق الوقوع فهذا التزام مضاف إلى أجل وليس التزاما مقترنا بشرط. وان كان مستحيلا فانه يأخذ حكم الشرط غير المشروع والذى سنتناوله فى النقطة التالية. وان كان إراديا فانه يكون صحيحا إذا كان احتماليا أو مختلطا ، فإن كان متعلقا بمحض إرادة الطرفين فإنه يكون صحيحا إذا كان إراديا بسيطا، كما يكون صحيحا اذا كان إراديا محضا متعلقا بمحض إرادة الدائن، فان تعلق بمحض إرادة المدين فانه يكون صحيحا إذا كان فاسخا، ويكون باطلا إذا كان واقفا - كما أسلفنا - .

٣- إذا كان الأمر غير مشروع أو مستحيل استحالة مطلقة - كما سبق -، فإن نص المادة ٢٦٦ مدنى تفرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ. فإذا كان الشرط واقفا، فإن الأمر غير المشروع أو المستحيل يكون باطلا ، ومن ثم فإن الالتزام نفسه لا يقوم أى لا ينشأ. لأن الالتزام الواقف يمنع وجود الالتزام حتى يتحقق، فإذا كان تحققه مستحيلا أو غير مشروع، فإن هذا التحقق لن يكون، وبالتالى لا ينشأ معه التزام.

أما اذا كان الشرط فاسخا، فإن الأمر المستحيل أو غير المشروع هو نفسه الذى يبطل ، ويظل الالتزام قائما كما بدأ ، ويكون فى هذه الحالة التزاما بسيطا لا موصوفا، اللهم الا اذا كان هذا الشرط بمثابة الباعث الدافع

إلى التعاقد، بمعنى أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد لولا وجود هذا الشرط، ففى هذه الحالة يؤدى بطلان الشرط إلى انعدام سبب الالتزام، فيبطل الالتزام بدوره لعدم وجود سبب له. وهذا واضح بالنسبة للشرط الفاسخ غير المشروع، حيث نصت عليه المادة المذكورة، أما بالنسبة للشرط الفاسخ المستحيل، فإن القواعد العامة السابقة تعطيه نفس الحكم.

٤- إذا كان الشرط أمر غير عرضى، فإن الالتزام معه يقوم صحيحا، إلا أنه يكون منجزا لا موصوفا.

وقد رأينا أن هناك من يذهب الى صحة الالتزام، ولو كان الشرط أمرا جوهريا لا عرضيا .

ثانيا : فى القانون الفرنسى:

تحدث القانون الفرنسى عن مقومات الشرط الصحيح قانونا، واعتبر هذه المقومات محصورة فى مجموعتين من الخصائص. حيث ذكر الفقهاء (١) أن الواقعة التى تخدم الشرط يتعين أن تتضمن مجموعتين من الخصائص . فمن ناحية : يجب أن تكون هذه الخصائص - فى حالة معينة - خارجة عن طريق رابطة الإرادة، ومن هذه الزاوية تتميز الشروط العارضة والإرادية وكذلك المختلطة. ومن ناحية أخرى : ينبغى أن تكون هذه الخصائص قابلة للتحقيق، وهذا ما يميز الشروط المستحيلة، وغير الشرعية أو اللا أخلاقية .

وقبل أن نقوم بتوضيح هاتين المجموعتين من الخصائص تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسى لم يغفل عنصر الاستقبال المميز للشرط الصحيح، حيث نص صراحة عليه، واعتبر الاستقبال للشرط من صفاته اللصيقة دون حاجة الى عده من جملة مقومات الشرط، باعتبار أن الشرط لابد وأن يكون مستقبلا، فإن كان ماضيا أو حاضرا فالالتزام معه منجز لا موصوف، اذ تقضى المادة ١١٨١ مدنى فرنسى فى هذه الحالة على أن

---

(١) هنرى، ولاند ولوران بوييه، المرجع السابق ص٤٣٤ بند١٠٥١.

للالتزام أثره اليومى ، أو أن الالتزام قد تم التعاقد عليه، وهذا يعنى أنه فى ظل هذه الفروض يكون الالتزام بسيطا . غاية الأمر ان الواقعة متى تحققت وأصبحت ماضية، فلا بد من علم الأطراف بها حتى يصبح الالتزام معها منجزا لا موصوفا، فان جهل الأطراف وقوعها أصبحت مع ذلك واقعة شرطية بالرغم من وقوعها فعلا، وذلك على عكس ما قال به الفقهاء فى مصر من أن الواقعة المعلق عليها الشرط لا بد وأن تكون مستقبلة، فإن كانت ماضية أو حاضرة فلا يصح أن تكون شرطا، ولو كان المتعاقدان يجهلان وقوعها وقت الاتفاق عليها وهذا ما أشارت اليه المادة ١١٨١ فرنسى والتى قضت أيضا بأن الالتزام يكون شرطيا حين يتوقف على واقعة تحدث فى الحقيقة ، غير أنها لاتزال غير معروفة للأطراف ، ففى حالة الجهل بحدوث الواقعة بالرغم من وقوعها يكون الالتزام معها شرطيا لا بسيطا[1].

ومن هذا يتضح ان خاصية الاستقبال للشرط التى قال بها فقهاء القانون المصرى وأنها من مقوماته، ما هى الا صفة لصيقة للشرط فى الفقه الفرنسى لا داعى لجعلها من مقوماته الأساسية، فلا مناقشة لهذه المقومات اذا لم يكن الشرط هكذا . مع ملاحظة الفارق بين الفقهين على نحو ما سبق، وانما ينبغى مناقشة المقومات التى تتصل بكل من الإرادة، والإمكان أو القابلية للتحقيق فقط. فما يتصل بالإرادة يميز لنا الشرط العارض والمختلط والإرادي، وما يتصل بالتحقيق يميز لنا الشرط المستحيل والـلا أخلاقي أو الغير شرعى. ويمكن توضيح ذلك وأثره فى الالتزام الموصوف على النحو التالى .

أولا : مايتعلق بالأرادة :

([1]) جبريل مارتى وبيير رينود، المرجع السابق ص٦٣ بند ٩٦، هنرى رولاند ولوران بوييه، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ بند ١٠٤٧.

١- الشروط العارضة او الاحتمالية conditions causelles

الشرط العارض هو الشرط الذى يتوقف على أحد الأخطار الذى لا يرجع قطعا إلي سلطة الدائن أو المدين ، فهو الشرط الذى يعتمد على مجرد الصدفة، ولا يدخل إطلاقا فى سلطة الدائن ولا يكون فى استطاعة المدين [١] كما لو تعهد بنقل أحد الأشخاص إذا اذا اصبح الجو جميلا، وكما لو تعهد بمال اذا مات أحد قبل الآخر.

ويعتبر الشرط العارض صالحا من حيث المبدأ ، سواء كان لاغيا أو معلقا بشرط "ألا نسمع بأن الواقعة التى رأيناها كانت تتسم بطابع محظور أو مستحيل أو غير أخلاقى "

" Il ne Faut Pasbien entendu, que l'événement envisagé ait un caractère, illicite, impossible ou immoral"

٢ - الشروط المختلطة Conditions mixtes

الشرط المختلط هو الشرط الذى يعتمد كلية على إرادة أحد الأطراف المتعاقدة ، وعلى الظروف الخارجية لهذه الإرادة ، كما لو كانت إرادة أحد من الغير [٢] كما لو قال أحد طرفى التعاقد للآخر، أعطيك مبلغ كذا إذا تزوجت من فلانة .

وهذا الشرط بدوره صحيح من حيث المبدأ ، سواء كان لاغيا أو معلقا ، ولا يثور أدنى شك فى صحته [٣] ، مع الأخذ فى الإعتبار القيد السابق ذكره فى الشرط العارض وهو الا يتسم الشرط بطابع غير مشروع أو غير أخلاقى أو مستحيل .

---

(١) م ١١٦٩ مدنى فرنسى .

(٢) م ١١٧١ مدنى فرنسى

(٣) GARBONNIER, Les obligations, 1980- p. 258

٣ - الشروط الإرادية Condition Potestatives

على عكس النوعين السابقين نجد أن الشرط الإرادى طبقا لما نصت عليه المادة ١١٧٠ مدنى فرنسى " هو الذى يعمل على تعليق تنفيذ الاتفاق الخاص بواقعة ما تكون فى استطاعة طرف أو آخر من حيث الحدوث أو المنع " .

" Fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher"

وتتوقف صحة هذه الشروط على الطريقة التى تواجه بها ، حيث يتم التمييز بين الشروط الإرادية البحتة والشروط الإرادية البسيطة [١].

فالشرط الإرادى البحت هو الذى يفترض عرضا بحتا من حيث الإرادة، وهو مايتم التعبير عنه بصفة " إذا أردت si je veux " أو بكل صفة مرادفة ، كقوله " بالنسبة لأن الأمر يعجبنى " " إذا رغبت فيه " "quant il me plaira " " si je le désire", etc. وهكذا .

هذا الشرط الإرادى البحت إما أن يكون متعلقا بإرادة الدائن ، أو متعلقا بإرادة المدين ، فإن كان متعلقا بإرادة المدين فإن الإلتزام يبطل فى هذه الحالة ، حيث تقضى المادة ١١٧٤ مدنى بأن يبطل كل التزام حينما يكون قد تم التعاقد عليه تحت شرط إرادى من جانب من يفرض هذا الالتزام.كأن يقول : سأدفع لك إذا كنت أريد .... أو سأقوم بالبيع لك إذا كان هذا يروقنى . حيث لايوجد ثمة معنى ، أو بمزيد من الدقة لايفترض ثمة التزام . ذلك أن الشرط الإرادى المحض (البحت) من جانب المدين ، يحطم نفس فكرة الإلتزام ، وبالتالى لايتم التزام أصلا [٢] .

---

(١) هنرى رولاند ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥ بند ١٠٥٣ .

(٢) المرجع السابق ، بند ١٠٥٤ .

بيد أن هذه القاعدة القانونية تتحدد من وجهة النظـر هذه فقط ، حيث أن الالتزام الذى لايوجد إلا إذا كـان المدين يريده ، لايعد التزامـا جديـا ، وليس من المنطق أن يرفض الدائن جواز الشرط ، مثل فتح ائتمـان يعتمـد تحقيقه على طلب الدائن . ولهذا نجد أن كـلا مـن الفقيهين " أوبـرى ورو aubry et Rau" قد أجازا صحة الشرط الإرادى البحت من جانب المدين فى العقود الملزمة للجانبين ، وهذا الشرط يؤثر على تعهد طـرف دون منـع تعهد الطـرف الآخر ، غير أنـه يلاحظ أن الدائـن الشـرطى لايسـتطيع أن يطـالب بتنفيذ دينـه دون تنفيذ تعهده . ولهذا فإنـه يمكـن رفـع كـل اجتهـاد قضائى جار يؤكد صحة الشرط الإرادى فى العقد الملزم للطرفين [١]

ويمكن القول بصفة عامة أن أثر المـادة ١١٧٤ مدنـى فرنسـى هـو أثـر محدد بالنسبة للشروط المعلقة ، ولهذا فإن الشرط الإحتجاجى البحت من قبل المدين يعتبر شرطا صـالحا إذا كان لاغيـا [٢] ويتـم هـذا الأمـر حينمـا يمكـن وبشكل سليم إبرام عقد له غاية بالإفصاح عن إرادة المدين ، ولقـد ضـربـت المادة ١٦٥٩ مدنى مثلا عن طريق البيـع بشـرط الإسـترداد ، حيث يحتفظ البائع بحق إستعادة الشئ المباع ، مع رد الثمن الذى كان قد حصـل عليـه . غير أنه يمكن القول بـأن الشـرط الإرادى البحـت يفسـره عندئذ طـابع العقد الملزم للطرفين ، وهو الطابع الذى قال به الفقه القانونى المصـرى ، وهـذا

([١]) راجع فى تفصيل ذلك : جبريل مارتى وبيير رينود ، المرجع السابق ، ص ٦٧ ، ٦٨ بند ٦ . وقد اشار هذا المؤلف إلى ان هناك اتجاها آخر فى الفقه والقضـاء الفرنسيان يبطل الشرط الإرادى البحت المتعلق بـإرادة المدين سـواء كـان ملزمـا لطـرف واحد أو ملزمـا للطرفين ، حيـث ذكر أن الشروط الوحيـدة والنـافذة المفعول ، كانـت دائمـا فىالحقيقة شروط مختلطة ، ولايوجد ثمة شرط إرادى من قبل المدين يمكـن إباحتـه (المرجع السابق ، ص ٦٨ ، ٦٩) راجع أيضـا : هنرى رولانـد ، المرجـع السـابق ، ص ٤٣٧ بند١٠٥٨ .

([2]) Contra J. GHESTIN : L'inderemination du prix de rente et la condition potestative. D 1973. chr. p. 293.

مشار إليه فى المرجع السابق ، ص ٧٠ هامش (١) .

الشرط - بهذا الطابع - يبدو واجبا ومقبولا فى العقود الختامية Les contrats conclus لمدة معينة ، حيث يجوز للمدين أن يضع نهاية لها .

إما إذا كان الشرط الإرادى البحت هذا متعلقا بإرادة الدائن ، فإن الإلتزام يكون صالحا [١] كما لو تعهد بيير Pierre بأن يبيع عقاره إلى جاك Jacques إذا كان الأخير يرغب فى الشراء قبل تاريخ معين ... فإن جاك هنا هو الدائن ، ويتوقف الأمر عليه من حيث الشراء أو عدم الشراء ، ويعتبر هذا الشرط صحيحا ، بل إنه كثير من الناحية العملية فى كل حالات الوعد بالبيع من جانب واحد ، ويكتسب المستفيد من الوعد خيارا ، حيث يكون فى حالة وعد بالشراء أو يكون أمامه مواثيق بالأفضلية . ولايوجد ثمة شك فى صحة الشرط الإرادى البحت وخاصة فيما يتعلق بالوصية ، وهى عمل قابل للرجوع أو العدول ومؤقت [٢] .

هذا ويلاحظ أن اعتبار الشرط إراديا بحتا أو غير ذلك تعتبر مسألة واقع يستقل بتقديرها القضاء ، ويشهد القضاء أحيانا بصعوبة هذا الأمر . مثال ذلك : المناسبة التى يتم فيها تركيب أجهزة توزيع المياه . فإذا كان عقد التأجير لهذه الأجهزة يحتفظ للمؤجر بالحق فى سحب هذه الأجهزة إذا ما أصبح من العسير استغلالها ، فإن هذا الشرط لايتسم بطابع إرادى بحت، حيث يكون من العبث أن نفحص باسم العدالة حقيقة هذا العجز ، وعلى العكس فإذا كان مالك الأجهزة قد اشترط أن تكون له السلطة فى سحبها لأسباب قضى بها لنفسه ، فإن استمرار العقد يتوقف على شرط تم الحكم بأنه إرادى بحت [٣].

أما الشرط الإرادى البسيط فهو الذى يفترض قيام أحد أطراف العقد بانجاز عمل مايعتمد على إرادة أحد أطراف التعاقد ، ولكن دون الإعتماد

---

(1) Civ. 3e, 24 avril 1981: Ga 2. pal. 1981,2,pan.336

(2) Paris, 16 Mars 1987: D. 1987, I.R.98.

(٣) هنرى رولاند ، المرجع السابق ، ص ٤٣٦ بند ١٠٥٦ .

وبشكل واحد عليها ، مع كون هذا الشرط خاضعا على نحو ضرورى على ظروف خارجية مثل : سأقوم بالسداد إذا قمت بهذه الرحلة [١] .

والشرط الإرادى البسيط على هذا النحو شرط صحيح ، حيث لاينفى توقفه على إرادة أحد طرفى الإلتزام صفة عدم التحقق فيه ، ومن ثم فهو صحيح سواء تعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين ، وسواء كان معلقا أو لاغيا . ويمكن القول بصفة عامة بأن الشروط الإرادية المقبولة - على النحو السابق ذكره - تكون صالحة سواء كانت معلقة أو لاغية . غير أن هذه القاعدة تنطوى على استثناء . ففى التبرع أو الهبة يمنع كل شرط إرادى بسيط إذا كان تحققه متوقفا على إرادة الواهب أو المتبرع [٢] ، وإدراج مثل هذا الشرط فى أى تبرع يترتب عليه بطلان عمل التبرع بطلانا مطلقا . فلم تكن ثمة إرادة تجيز للواهب أو المتبرع تضمين العقد شرطا يصرح له وعن طيب خاطر بالتبرع . والعطاء والإمساك لايجتمعان ، أى لاتجوز الهبة مع احتفاظ الواهب بحق ارتجاعها "Donner et retenir ne vaut" [٣]

ثانيا : مايتعلق بإمكانية التحقيق

تنتظم هذه المجموعة الشروط المستحيلة Les conditions impossibles والشروط اللا أخلاقية أو المحظورة Les conditions immorales ou illictes .

ويكون الشرط مستحيلا عندما يفترض واقعة يستحيل تحقيقها . ويمكن أن تكون هذه الإستحالة طبيعية أو قانونية . والإستحالة الطبيعية لاتوجد - فحسب - فى فرضية المدرسة التى يقدمها لنا فقهاء الرومان عن الشرط ، " كشرط لمس السماء بالإصبع si caelum digito tetigeris أى شرط

---

(١) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٦٥ بند ٧٢ .

(٢) م ٩٤٤ مدنى فرنسى .

(٣) هنرى رولاند ، المرجع السابق ص ٤٣٨ بند ١٠٥٩ .

الإستحالة المطلقة ، بل توجد هذه الإستحالة أيضا عندما يفترض تحقيق الشرط ضرورة توافر ظروف استثنائية ، وهى ماتسمى بالاستحالة النسبية التى قال بها فقهاء القانون المصرى . ومع ذلك تعتبر الاستحالة قائمة فى نظر الفقه الفرنسى معها أيضا . ومن ثم فإن حكم الشروط المستحيلة يتناول الاستحالة المطلقة والنسبية على السواء فى الفقه الفرنسى ، عكس الحال فى القانون المصرى . ولكن عندما يتسم الشرط بالصعوبة فقط فإن الشرط لايكون مستحيلا .

أما الإستحالة القانونية فهى التى توجد عندما تسفر الإستحالة عن عقبة قانونية دائمة أو مؤقتة ، ويتحقق هذا الأمر عندما تشكل القواعد القانونية عائقا أمام حدوث الشرط ، وعلى سبيل المثال : فلن يؤذن للطفل باجراء أى تصرف قبل بلوغه سن السادسة عشرة ، ومن ثم فإن تحويل الملكية التابع للشرط من حيث أن الطفل سيكون مأذونا له فى اجراء التصرفات ، قبل بلوغه سن السادسة عشرة ، سيتأثر حتما بشرط مستحيل قانونا ، ربما يقترب من الشرط المحظور [1]

ويعتبر الشرط محظورا عندما يفترض القيام بعمل ممكن تحقيقه ، إلا أنه مناقض للقانون ، وبوسع هذا العمل أن يكون واقعة قانونية محظورة ، [illegible] كانت جريمة ، أو واقعة ضد أحكام القانون الآمرة ، ومثل هذه الشروط تضع لنا مشكلات عويصة لمعرفة - وعلى وجه الدقة - ماهية النظام العام L'ordre public وهو بدوره يختلف من وقت إلى وقت داخل المجتمع الواحد ، ومن بلد الى بلد فى ذات الوقت[2] .

---

(1) راجع فى الشرط المستحيل فى فرنسا : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٦٥ وما بعدها فقرة٧٣.

(2) راجع فى فكرة النظام العام فى الفقه المصرى عموما : د. حسن كيره ، أصول القانون ، ط ١٩٦٠ ، ص ٦٢ وما بعدها ، د. عبدالمنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ١٩٦٦، ص١٤٦ وما بعدها ، د. محمود جمال الدين زكى ، دروس فى ==

ويكون الشرط مخالفا للآداب عندما ينطوى على تحقيق عمل ضد الآداب العامة Les bonnes moeurs ، وفى الحقيقة فإنه ينظر الى الآداب العامة بعين الاعتبار - وبصفة عامة - بنفس معيار النظام العام[1] .

ويمكن القول بصفة عامة بأن الشروط المستحيلة والغير مشروعة أو اللا أخلاقية هى شروط باطلة ومن ثم يبطل تعليق الإلتزام بها ، كما تبطل الإتفاقات التى تقوم عليها ، وهذا ماتقضى به المادة ١١٧٢ من القانون المدنى الفرنسى[2] والتى تعنى أنه يقع باطلا كل شرط يتناول أمرا مستحيلا أو أمرا ضد الآداب العامة أو أمرا يحرمه القانون . كما يبطل الإتفاق الذى جاء معتمدا عليه .

غير أن هذا النص بالرغم من عموميته ، إلا أنه - من حيث المبدأ - يرد عليه استثناء هام ، جاءت به المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى ، حيث وضعت هذه المادة قاعدة مختلفة فحواها أن فى كل نص بين الأحياء أو الموصى له ، فإن الشروط المستحيلة هى التى ستكون ضد القوانين او الآداب ، وستكون مشعورة وليست مكتوبة [3] .

==نظرية القاعدة القانونية ، ط ١٩٥٥ ، ص ١٨٠ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوى ، أصول القانون ط ١٩٧١ /١٩٧٢ وما بعدها ، د. احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون، ط ١٩٧٥ ص ٩٦ وما بعدها ، د. نعمان جمعه ، دروس فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٨ ، ص ٦٦ وما بعدها .وأيضا : هنرى رولاند ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ ، بند ١٠٦٤

(١) راجع : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٦٦ بند ٧٤ .

(2) L'article 1172 du code civil dispose que " toute condition d'une chose impossible, ou contraire auxbommes moeurs, ou prohibée par la lo, est nulle, et rend nullo la convention qui endépend".

(3) " dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, Les conditions impossibles. celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs. seront réputées non écrites"

وبهـذا يتضح أن الإلتـزام المعلق على شـرط مستحيـل أو محظـور (مخـالف للنظـام العـام أو الآداب) هـو شـرط بـاطل - كقــاعدة عامــة - ويبطل معه بالتالى الإلتزام المعلق عليه . غير أن هـذه القـاعدة العامـة يـرد عليها استثناء بخصوص الشروط الواردة فى التبرع عموما هبة أو وصية .

ويمكن القول بأن هذه القاعدة العامة التـى تجعـل الالـتزام المعلـق علـى شرط مستحيل أو محظور باطلا بطلانا مطلقا ، كما يبطـل مـن بـاب أولـى الشرط نفسه ، ليست بحاجة إلى التبرير ، فإذا كان الشرط مستحيلا ، فـلا يفترض وجود التزام ، كما لو كان الشرط هو لمس السماء بـاليد - الـذى قـال بـه فقهـاء الرومـان - ، أو ارتكـاب جريمـة مـن الجرائـم ، أو مخالفـة الآداب العامة داخل المجتمع .

ويتعين أن تقـدر الإسـتحالة فـى العمـل ، كمـا أن هـذا الحكـم لايخـص سـوى الإلتزام بإعطاء أو بعمل ، بخـلاف الإلتزام بالإمتناع عـن عمل مـا، مثل الإلتزام المشار اليه بالمادة ١١٧٣ مدنى فرنسـى (١) والتـى تقضـى بـأن الشرط الخاص بعدم عمل شئ مستحيل لايبطل الإلـتزام المتعـاقد عليـه تحـت هذا الشرط .

كما أن الشروط المحرمة أو اللا أخلاقية لم يكن معروفا - فى يـوم مـا - أنهـا سليمة . مثـل : إذا ارتكبـت جريمـة كـذا ، وإذا طلقـت ، أخـذا فـى ـبار حرمة الطلاق فى القانون الفرنسى . وكان قد قضى بأن ايداع مبلـغ نقدى بواسطة زوج المستقبل إلى والد زوجة المستقبل تحـت الشـرط اللاغـى بعدم إقامة احتفـال ، لـم يكـن يخـالف النظـام العـام أو الآداب العامـة ، مـع وجود باعث فحواه : عدم الزعم ببلوغ أحد حرية الإعطاء أو حريـة رفـض الإتفاق على الزواج المعروض (٢) .

(1) L'article 1173 du code civil dispose que : " La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle L'obligation contractée sous cette condition"

(2) Civ. 1re, 4 avril - 1978: Bull. civ. 1, 11o.

وفى حالات معينة ، فثمة تردد ، كشرط عدم الزواج . فالعقد الذى يتم تحت شرط عدم الزواج ، أو عدم الزواج بأحد المتعاقدين أو بأحد من الغير ، هو عقد باطل من حيث المبدأ ، حيث أنه يحمل وصولا إلى حرية فردية أساسية ، ومع هذا ، فإنه فى بعض الحالات كان ثمة تأكيد بتبرير هذه الشروط [١] .

ولقد ثار جدل كثير حول سلامة شرط العزوبة المفروض على مضيفات الطيران ، وقد قضت محكمة باريس ببطلان هذا الشرط [٢].

هذا بالنسبة للقاعدة العامة : أما الإستثناء الوارد عليها والذى جاءت به نص المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى فإنه يعنى أن العمل المرتبط بعقد تبرع ، فإن العمل يبقى صحيحا ، بينما يبطل الشرط وحده . ويبدو أن هناك تعارضا بين القواعد القانونية فى هذا الشأن ، بيد أن القضاء أنقص كثيرا من هذا التعارض .

ذلك أن الشروط المستحيلة أو المحظورة تشتهر بكونها غير مكتوبة "sont réputéss non écrites" وهذا يعنى أن الهبة - تبرع أو وصية - ليست باطلة . كما أن الممنوح له - الموهوب له أو الموصى له - لايستطيع أن يطالب بتنفيذ التبرع ، وسيعفى من ملاحظة الشرط ، ومن ثم تكون الهبة صحيحة والشرط باطل [٣]

والحقيقة أن القاعدة القانونية أو الاستثناء الذى جاءت به المادة ٩٠٠ من القانون المدنى إنما بنى على اعتبارات تاريخية ، هذه الإعتبارات فقدت كثيرا من أسباب وجودها فى الوقت الحاضر ، ولقد خشى محررو هذا النص من الظهور مرة أخرى تحت مظهر الشروط أو الأعباء فى الهبات الخاصة بمؤسسات النظام القديم المتناقضة والنظام العام الجديد الذى كان قد

([١]) انظر : هنرى رولاند ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ بند ١٠٦٥ .

([2]) Paris, 30 avril- 1963 : J.C.P. 63, 11, 13205 bis

(١) هنرى رولاند ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ بند ١٠٦٦ .

شيده القانون الثورى . ومن ثم وضعت المحاكم فى اعتبارها أن المادة ٩٠٠ هذه إنما هى مادة غير منطقية ، وهذا هو السبب الذى من أجله يرى القضاء أن هذه المادة غير قابلة للتطبيق حتى يظهر الشرط الذى يدور حوله النزاع بمظهر " السبب الدافع والمحدد للهبة " La cause impulsive et déterminante de la libéralité " ومن ثم يتعين بطلان هذا الأمر بطلانا مطلقا لكونه مستحيلا أو محظورا ، أو لأن سببه مخالف للنظام العام والآداب ، بل إنه يبطل من جهة أخرى لقيامه على سبب محرم ، وبالتالى يبطل الإلتزام ليس بسبب نص المادة ٩٠٠ ، ولكن اعمالا للمادة ١١٣١ المتعلقة بسبب الالتزام[١] .

وهكذا نعود من جديد إلى القاعدة العامة التى نصت عليها المادة ١١٧٢ ، وبالتالى فإن الشرط الباطل يترتب عليه بطلان الإلتزام فضلا عن الشرط نفسه . وعلى هذا لاتبطل المحاكم الإلتزام إلا إذا كان الشرط قد تجلى أمامها على أنه قد سبق تحديده ، أى كنفس سبب الإلتزام .

هذا وفيما يتعلق بالأعمال المرتبطة بالعقد بمقابل ، فإن المحاكم قد زادت من تقديرها لبطلان العمل بطلانا مطلقا ، عندما تبين لها أن الشرط موضوع النزاع كان يبدو شرطا تابعا لهذا العمل ، وفى حالة مشابهة يبطل الشرط الشاذ وحده ، كما يصبح الإلتزام بسيطا ، وهذا ماكان قد تم تحديده فى موضوع شرط العزوبة الذى سبق وأن تضمنه عقد العمل - بالنسبة لمضيفات الطيران - حيث يعتبر الشرط باطلا مع بقاء العقد دون بطلان[٢]

وهكذا فقد عمل القضاء على وجود نظام محدد المعالم فيما يتعلق بأعمال التبرع ، فاستحالة الشرط وتحريمه أو مخالفته للآداب العامة يستتبع بطلان العمل بطلانا مطلقا ، وذلك فيما لايكون هذا الشرط فى واقع الأمر

---

(٢) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ بند ٧٥ ، هنرى رولاند ، المرجع السابق، ص ٤٤٠ بند ١٠٦٧ .

(2) B.TETSSIE, Reflexion sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contral: D 1976, chron. 281.

محددا أو معينا . وبمعنى آخر فإن تفسـير القضـاء للمـادة ٩٠٠ سـالفة الذكـر يؤدى إلــى حلـول مماثلـة حينمـا يلعب الشـرط المحظـور دور السـبب الدافـع والمحدد . ومن ثم نجد أنه لاتعارض - وفقا لهذا التفسـير - بيـن المـادتين ٩٠٠ ، ١١٧٢ من القانون المدنى الفرنسى .

ويلاحظ هنا الفرق الواضح بين القانون المصرى والفرنسى فى هذا الشأن ، فالقانون المصرى يجعل الإلتزام لايقوم أصلا مع الشرط المستحيل أو غير المشروع ، وذلك إذا كان واقفا ، فإن كان فاسخا فإن الشرط يبطل وحده ويظل الإلتزام قائما ، إلا إذا كان هذا الشرط بمثابة الباعث الدافع إلى التعاقد ، وذلك سواء كان الإلتزام تبرعا أو معاوضة . بخلاف القانون الفرنسى ، وإن كان فى نهاية الأمر بعد تفسير القضاء لنص المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى يقترب من نفس أحكام القانون المصرى ، وإن كان النص فى حد ذاته يفرق بين التبرعات والمعاوضات على النحو السابق ذكره .

المبحث الرابع

آثـــــار الشـــــرط

تمهيـد وتقسيـــم

المقصـود بأثـار الشرط هى الأحكـام التـى تترتب عليـه بشـكل عـام ، وبطبيعة الحال فإن الحديث عن هذه الآثار يفترض توافر مقومات الشـرط - السابق ذكرها فى المبحث الثالث - ، وأن عدم توافر هـذه المقومـات يرتـب بعض الأحكام الخاصة التى نوهنا عنها آنفا - بيد أن الشرط لابـد وأن يمـر بمرحلتين ، الأولى مرحلة الإحتمال ، وذلك عند تكوينه ، والثانية مرحلـة اليقين ، وذلك عند تبين آثاره ، واليقين يعنـى التـأكد مـن تحقق الشـرط أو التأكد من تخلفه . ومن ثم فإننا نميز بين الآثار التى تترتب على الشرط وهو فى مرحلة الإحتمال ، والآثار التى تترتب عليه فى مرحلـة اليقيـن . وذلـك فى فرعين متتاليين :

الفرع الأول : آثار الشرط فى مرحلة الإحتمال " فترة التعليق "

أولا : فى القانون المصرى

يفرق القانون المصرى بالنسبة لآثـار الشـرط فـى مرحلـة التعليـق بيـن الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

أ - آثار الشرط الواقف .

تنص المادة ٢٦٨ مدنى على أنه " إذا كـان الالـتزام معلقـا علـى شـرط واقف ، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقـق الشـرط ، أمـا قبـل تحقق الشـرط فـلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الإختيـارى ، علـى أنـه يجـوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات مايحافظ به على حقه [١].

([١]) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فـى التقنين المدنـى الجديـد . وفـى لجنـة المراجعـة حـور--

ومن هذا النص يتضح أن الإلتزام المعلق على شرط واقف لايكون موجودا أثناء فترة التعليق ، وإن كان محتمل الوجود ، ومن هنا فإن حق الدائن بدوره يكون محتمل الوجود ، ومعنى ذلك أن الدائن يكون صاحب حق ، ولكنه حق احتمالى وليس مجرد أمل [1] . ويعنى ذلك أيضا أن المدين لايحل له أن يعدل عما تعهد به ، لأن عدوله يضيع على الدائن حقه المحتمل هذا . ومن هنا فإن مركز الدائن يكون مختلفا عن مركز الشخص الذى يتوافر له مجرد أمل ، فالأخير له مجرد أمل فى أن يصبح صاحب حق ،

== النص تحويرا لفظيا طفيفا جعل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٤ وما بعدها) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى : م ٢٦٨ سورى ، ٢٥٥ ليبى ، ٢٨٨ عراقى ، م ٣٢٦ كويتى ، م ٣٩٨ أردنى ، م ٩٣ - ٩٥ لبنانى .

(1) يمكن القول بأن الحق من حيث الوجود والنفاذ ، يتدرج بين مراتب سبع هى : (١) مرتبة الحق المعدوم ، وهو مالاوجود له ولايحتمل وجوده .(٢) مرتبة الحق الإحتمالى ، وهو مالاوجود له ويحتمل وجوده فهو معدوم على خطر الوجود . (٣) مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو ماله وجود فعلى ولكنه غير كامل الوجود .(٤) مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجودا كاملا ولكنه غير نافذ . (٥) مرتبة الحق المعـ على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وفى الوقت ذاته يعتبر حقا نافذا ، ولكن وجوده على خطر الزوال . (٦) مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، ونافذ إلى أجل ، ثم ينقضى بانقضاء هذا االأجل .(٧) مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، ونافذا الى غير أجل (د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٦ وما بعدها فقرة ٢٩) . ويلاحظ أن الفقيه الفرنسى بوتييه كان يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف ليس بحق وإنما مجرد أمل (مشار اليه بالمرجع السابق ص ٤٦ هامش "١") ويرى الفقيه الألمانى اهرنج بأن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين فى بطن أمه ، فالحق متدرج كتدرج مراحل الجنين فى بطن أمه ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنينا وقت تعلق الشرط ، إلى أن يولد حيا عند تحققه ، أو ميتا عند تخلفه (مشار اليه بنفس المرجع السابق ، ص ٤٧ هامش "١")

بخلاف الدائن - الذى نحن بصدده - فهو صاحب حق فى أن يصبح صاحب حق [1] ، فحقه موجود إلا أن وجوده غير كامل .

ويترتب على أن لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حق موجود النتائج التالية :

١ - ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث ونحوه من أسباب انتقال الحق ، فهذا الحق يورث ويجوز لصاحبه أن يوصى به ، وأن يتصرف فيه تصرفا معلقا هو الآخر بأى نوع من أنواع التصرفات ، وله أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا .

٢ - يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه ، كإجراء الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ، وله أن يتدخل فى إجراءات القسمة ، وأن يرفع الدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية، وأن يطالب بكفالة حقه أو تقديم رهن أو أى ضمان آخر [2]

كما يترتب على أن الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود النتائج التالية :

١ - لايجوز لصاحب هذا الحق أن يتخذ من الوسائل التنفيذية اللازمة لاقتضاء هذا الحق ، فلا يجوز للدائن به أن يطالب المدين بالوفاء بحقه الذى سيوجد عند تحقق الشرط ، بل لايجوز له أن يتقاضى من المدين حقه ولو باختيار المدين ، فإذا وفى المدين بذلك اختيارا كان وفاء بغير المستحق ، وجاز له استرداده .

---

(١) د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ وما بعدها بند ١١١ .

(٢) د. عبدالحي حجازى ، نظرية الإلتزامات ج ١، ص ١٨٢ . ويلاحظ أنه لايجوز للدائن فى هذه الحالة أن يقوم بتوقيع الحجز التحفظى ، بالرغم من أنه من الأعمال اللازمة للمحافظة على الحقوق ، وذلك لأن هذا الحجز يتطلب حقا محقق الوجود وحال الأداء وهذا ماتقضى به المادة ٣١٩ مرافعات .

٢ - لايبدأ التقادم فى السريان بالنسبة إلى الإلتزام المعلق على شرط إلا من وقت تحقق الشرط ، لأن الإلتزام لايصبح مستحق الأداء إلا من هذا الوقت [1] .

٣ - لايجوز للدائن بهذا الحق أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المدين به ، لأن المقاصة تقتضى أن يكون الدينان من درجة واحدة ، وبالتالى لايمكن إجراء المقاصة بين دين معلق على شرط وآخر بات . فضلا عن أن الالتزام المعلق على شرط لايقبل التنفيذ الجبرى ولا التنفيذ الإختيارى .

ب - آثار الشرط الفاسخ

لما كان الشرط الفاسخ أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه زوال الإلتزام ، فإن معنى ذلك أن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام قائم ونافذ أثناء فترة التعليق ، إلا أنه مهدد بخطر الزوال [2] ، ومن ثم فإنه يترتب عليه كافة آثار الإلتزام البسيط غير الموصوف ، وبالتالى تنتج الآثار الآتية :

١ - يسرى فى شأن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ التقادم المسقط من وقت العقد ، وذلك إذا لم يطالب الدائن بحقه .

٢ - للدائن أن يطالب المدين بالوفاء ، فإذا استجاب المدين لذلك كان وفاؤه صحيحا ، لأنه وفاء بما هو مستحق عليه ، أما إذا امتنع المدين عن الوفاء - بالرغم من مطالبة الدائن له - كان للدائن اتخاذ كافة الإجراءات التنفيذية ضد المدين ، وله أن يلجأ إلى وسائل التنفيذ الجبرى ، كما له - من باب

---

[1] نقض مدنى فى ١٩٦٣/١/١٧ (مجموعة أحكام النقض المدنى ، س ١٤ ، ص ١٢٣).

[2] نقض مدنى فى ١٩٧٢/١/٢٩ (مجموعة أحكام النقض المدنى ، س ٢٣ ، ص ٢٦١)

أولى - أن يلجأ إلى أية وسيلة من الوسائل التى كفلها القانون للمحافظة على الضمان العام [١] .

٣ - يستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة ، كما له أن يطالب بالقسمة إذا كان مالكا لنصيب شائع تحت شرط فاسخ ، كما يجوز له أن يطالب بالأخذ بالشفعة [٢] ويبقى حقه على العقار الذى أخذه بالشفعة قائما حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ ، وذلك استثناء من الأثر الرجعى للشرط ، على أن يرد هذا المالك العين الأصلية دون العين المشفوع فيها فى حالة تحقق الشرط الفاسخ [٣] .

٤ - يذهب رأى فى الفقه المصرى إلى جواز المقاصة بين الدين المعلق على شرط فاسخ ، وبين ما ينشأ فى ذمة الدائن من التزام لصالح مدينه ، ولو كان هذا الإلتزام منجزا [٤] بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى استثناء المقاصة فى هذه الحالة طالما بقى التعليق قائما [٥] .

---

(١) د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ فقرة ١١٢ ، ويلاحظ أنه فى حالة وفاء المدين ثم تحقق الشرط الفاسخ فإنه يجوز له أن يسترد مادفع ، وفقا للقواعد العامة فى دفع غير المستحق .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧

(٣) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٤ هامش (١) .

(٤) د. اسماعيل غانم ، المرجع ص ٢٩٧ حيث يرى سيادته أن استثناء المقاصة فى هذه الحالة إنما بنى على أساس أن الدين المعلق على شرط فاسخ قابل للزوال ، ويرى أن هذا الأساس لايكفى سببا لمنع المقاصة ، بل كل مافى الأمر أنه إذا تحقق الشرط زالت المقاصة بأثر رجعى ، إذ يكفى فى المقاصة أن يكون كل من الدينين مستحقى الأداء (م ٣٦٢ مدنى) وتعليق الدين على شرط فاسخ لايجعله غير مستحق الأداء على عكس الحال فى الشرط الواقف . ويرى سيادته أن هذا المعنى هو المشار اليه بموسوعة داللوز ج ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠ ، ولهذا جرى الشراح الفرنسيون على ذكر الشرط الواقف وحده ، دون الشرط الفاسخ كمانع يحول دون المقاصة .

(٥) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٥ هامش (١) د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام ط ١٩٤٥ ، فقرة ٦٨٥ ، د. الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١٣ ، ==

٥ - تسرى على الإلتزام المعلق على شرط فاسخ القواعد العامة للهلاك باعتبار أن الإلتزام قائم وموجود .

ثانيا : فى القانون الفرنسى

يتحدث الفقه الفرنسى عن ميكانزم الشرط Le mécanisme de la condition ويعنى به الآثار المترتبة على الشرط المعلق وذلك حينما يكون جزافيا أى مدى الجهل بما إذا كان هذا الشرط سوف يتحقق أو لن يتحقق ،مع الوضع فى الاعتبار نتائج ضعفه أو نتائج تحققه [1].

ويثير هذا الفقه فكرة عدم وجود الإلتزام فى حالة التعليق ، ذلك أن حق الدائن لم يتولد بعد ، ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ - لايستطيع الدائن أن يطالب بالسداد ، فقليس ثمة تنفيذ إجبارى .

٢ - كما أن المدين لايستطيع السداد على نحو سليم ، وإذا قام بهذا فإنه سيقوم بسداد غير المستحق .

٣ - عدم سريان التقادم المسقط (م ٢٢٥٧ فرنسى) فإن هذا الأمر فى الحقيقة يضع جزاء على عدم حركة الدائن ، بينما لايعرف اللوم على عدم الحركة بالنسبة لصاحب الدين الشرطى [2] .

ولا تعتبر فكرة عدم وجود الإلتزام فى حالة التعليق هى وحدها نتاج الإلتزام الشرطى ، بل إن لهذا الإلتزام وجهة أخرى لاتقل أهمية عن

== د . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ ، فقرة ٢٥٠ - ويرى الدكتور السنهورى أن غاية مايفيده المعنى المعروض بموسوعة داللوز المشار اليها بالمرجع السابق أن المقاصة جائزة على كل حال بين دين كان معلقا على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية ، فصحة المقاصة إنما تأتى بعد التيقين من فوات الشرط الفاسخ (د. السنهورى ، المرجع السابق)

(1) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ فقرة ٧٧ .

(2) المرجع السابق ، فقرة ٧٨ .

سابقتها، ذلك أن للدائن فى هذا الإلتزام حق مشروط ، غير أنه لم يوجد بعد. ولذا فإنه حق تتسم طبيعته بالصعوبة من حيث التحديد ، إلا أن القانون يحميه ، كما يمكن انتقاله .

أ - فمن حيث طبيعة الحق الشرطى . فإن هذا الحق يعتبر صحيحا ، ومن ثم فإنه يتميز عن الأمل البسيط ، مثل الأمل فى الإرث القائم على قرينة قانونية ، خاصة بعد تنظيم الدين المشروط قليلا قليلا .

ويرى بعض المؤلفين أن الحق الشرطى شأنه شأن الحق النهائى ، وهذا يعنى أنه حق ناقص من حيث التكوين ، ثم يصير حقا نهائيا ، لأن تمامه يعتمد على واقعة الشرط . بيد أن هذا المفهوم لايبدو سليما ، بل إن من يعترف بتشبيه الحق الشرطى بالحق النهائى يعترف - فى ذات الوقت - بوجود فرق ما بينهما . يتمثل فى أن الحق الشرطى يتسم بالرجعية . بينما الحق النهائى هو حق مجرد من كل رجعية ، وهذا الفرق يجعل الحق النهائى يعتمد على تحقيق عنصر أساسى بالنسبة لوجوده ، بينما يتوقف الحق الشرطى على السبب والشرط المضاف إلى الحق والذى سيصبح هو نفسه كل العناصر الخاصة بجعله كاملا . وإذا كان بوسع الحق الشرطى أن يكون من القوة كفئة من فئات الحقوق النهائية فإنه يتعين الوقوف عليه عن طريق سماته الخاصة التى تميزه عن الحق النهائى والذى يعرف بالنمط الصارم [1] .

ب - ومن حيث حماية الحق الشرطى . فإن للدائن أن يقوم بكل الأعمال التحفظية الخاصة بدينه ، طالما أن هذا الدين لم يتولد بعد ، وله ذلك اعتبارا من وقت التعليق . فله أن يفحص العقد التأسيسى المنشئ لدينه ، وأن يستعمل الإمتياز الخاص به والثابت كتابة أو الرهن العقارى ، كما له أن يحصل على ضمان جديد ، ولكن لايحصل الدائن فى هذه الحالات إلا على ترتيب مشروط للدائنين ، غاية الأمر أن مصالحه ستحظى بالحماية .

([1]) المرجع السابق ، ص ٧١ فقرة ٧٩.

هذه الحماية هى التى دفعت بعض المحدثين إلى القول بفكرة تجريد الأمل البسيط من كل حماية .

وتؤكد القاعدة القانونية الخاصة بالمادة ١١٧٨ من القانون المدنى حماية الدين الشرطى ، حيث أن هذا النص يقضى باعتبار الشرط متحققا إذا قام المدين بعرقلة تحقيقه ، وهذا لايعنى سوى فرضا على المدين باحترام الحق الشرطى لدائنه [١] .

ج - ومن حيث انتقال الحق الشرطى . نجد أن هذا الحق ينتقل إلى الورثة بسبب الوفاة (م ١١٧٩ من القانون المدنى) ، كما ينتقل أيضا بين الأحياء عن طريق عقد التبرع أو العقد بمقابل ، كما أن الحق الذى يتم التنازل عنه يؤثر عليه نفس الشرط من أجل مكتسبه [٢] .

وبهذا يتضح أن آثار الشرط المعلق فى الفقه الفرنسى تندرج تحت طائفتين من الآثار ، الأولى تهتم بعدم وجود الإلتزام ، باعتباره لم يتولد بعد طالما كان التعليق قائما . وهذه الطائفة ترتب جملة من النتائج أهمها : أنه لايجوز للدائن أن يطالب بالوفاء بحقه ، ومن ثم لايجوز له اتخاذ اجراءات تنفيذية ، كما لايجوز للمدين أن يقوم بالوفاء ، فإن وفى كان له أن يسترد ماوفاه ، باعتباره وفاء بغير المستحق ، وأخيرا لايسرى التقادم بشأن هذا الإلتزام الذى لم يتولد بعد . أما الطائفة الثانية فإنها تهتم بوجود حق شرطى للدائن ، ويترتب على وجود هذا الحق جملة من النتائج أهمها : أن هذا الحق يعتبر صحيحا من وجهة النظر القانونية ، ومن ثم فإن للدائن به أن يتخذ من الإجراءات مايحافظ به على هذا الحق ، ولهذا فإن القانون يحميه ويعطى صاحبه من الوسائل ما يحافظ به عليه ، وأخيرا ينتقل هذا الحق - كغيره من الحقوق - بين الأحياء أو إلى الورثة بعد الوفاة .

---

(١) L'article 1178 du code civil dispose que " La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissment"

(٢) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ فقرة ٧٩ .

ولما كان الألتزام المعلق على شرط لاغى إلتزام قائم وصحيح ، فإنه يرتب كافة آثاره دون حاجة إلى النص عليها ، إلى أن يتحقق هذا الشرط ، فتزول الآثار تباعا وبأثر رجعى - متى كان ذلك ممكنا - وبالتالى فإن الحديث عن آثار الشرط اللاغى قد يكون عديم الجدوى فى مرحلة التعليق ، بينما هو هام وضرورى فى المرحلة التالية وهى مرحلة اليقين على نحو ماسنوضحه الآن .

الفرع الثانى : آثار الشرط فى مرحلة اليقين " مابعد فترة التعليق "

يمكن القول بأن مرحلة اليقين للإلتزام المشروط لاتتأتى إلا بعد استبيان مصير الشرط ، فهو إما أن يتحقق أو يتم التأكد (اليقين) من تخلفه ، وفى كلا الحالتين نكون أمام حالة من اليقين بالنسبة للشرط الوارد بالإلتزام . وفى هذه الحالة يترتب على هذا الإلتزام جملة من الآثار ، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا (لاغيا) ، وسواء كان ذلك فى القانون المصرى أو فى القانون الفرنسى . ولهذا فإننا سنتناول هذا الفرع فى الغصنين التاليين :

الغصن الأول : بدء مرحلة اليقين

لاتبدأ مرحلة اليقين إلا من الوقت الذى تنتهى فيه حالة الإحتمال ، "التعليق " وتنتهى حالة الإحتمال إذا استبان مصير الشرط بأن تحقق أو تخلف . ذلك أن مرحلة التعليق لابد وأن تسفر عن أحد احتمالين : إما تحقق الشرط ، أو التأكد من تخلفه ، ولكل إحتمال حكمة .

أولا : تحقق الشرط

لايعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا تم الأمر المشروط على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين in forma specifica . وعلى ذلك لايعتبر التنفيذ الجزئى للواقعة المشروطة تحقيقا للشرط ، كما لايعتبر تحقيقا له أن يقوم بتنفيذ الشرط أحد من الأغيار ، إذا كان من المتفق عليه أن يقوم به أحد

المتعاقدين ، إلا إذا تبين أنه ليس لشخصية هذا المتعاقد اعتبار فى تنفيذ هذا الأمر ، وكل هذا يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، الذى يقدر الوجه الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع إلى نيتهما ، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف [1] .

ولقد نص القانون الفرنسى صراحة على هذا الأمر ، فنص على أن تحقق الشرط ينبغى أن يكون على الوجه المتفق عليه بين الطرفين ، وبالطريقة التى ارتضاها طرفا الإلتزام ، واعتبر القانون الفرنسى هذا من التوجيهات القانونية الجيدة التى يتعرف بها على تحقيق الشرط ، إذ تنص المادة ١١٧٥ مدنى فرنسى على أنه " يتعين أن يتحقق كل شرط بالطريقة التى أرادها حقيقة أطراف التعاقد " [2] ، وليس لهذا النص الفرنسى مايقابله فى القانون المصرى ، إلا أن القواعد العامة فى القانون الأخير تكفلت بإعمال هذا الحكم ، ومن ثم فإنه يمكن الأخذ به فى كل من القانون الفرنسى - حيث نص عليه - ، والقانون المصرى - حيث يجد إعماله فى القواعد العامة - .

وقد يكون تحقق الشرط واضحا ، دون حاجة إلى البحث فى إرادة أطراف الالتزام ، على النحو المتفق عليه بينهما . وذلك إذا ماحدد الطرفان لوقوع الشرط وقتا محددا ، حيث لاصعوبة فى القول بتحقق الشرط أو تخلفه إذا كان المتعاقدان قد حددا مدة لوقوعه خلالها ، إذ بمجرد إنقضاء هذه المدة يتحدد - على وجه اليقين - مصير الشرط . فإذا قال شخص لآخر سأبيع لك منزلى إذا نقلت إلى محافظة أخرى خلال عام ١٩٩٧ ، فإنه

---

(1) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ فقرة ١٤٧ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ فقرة ٢٢٦ ، وانظر : نقض مدنى فى ١٩٦٦/٧/١٤ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(2) L'article 1175 du code civil dispose que " Toute condition doit être accomplie de la maniére que Les Parties ont Vraisemblement voulu et entendu qu'ellele Fût".

مع انقضاء اليوم الأخير من العام المذكور يتحدد نهائيا مصير التزام الملتزم. فإما أن يكون قد تم نقله ، فيكون الشرط قد تحقق ، وإما ألا يكون قد تم نقله ، فيكون الشرط قد تخلف . ولا يغير من هذا الحكم شيئا أن يتم النقل بعد نهاية العام المذكور ولو بوقت قليل ، طالما أن الطرفان قد حددا مدة صريحة لوقوع الشرط . فإذا لم يتم تحديد مدة معينة لوقوع الشرط ، فإن الشرط يظل فى مرحلة التعليق مهما طال الزمن ، إلا اذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع (١) ، كما سيأتى فى النقطة التالية – تخلف الشرط – ، ولقد نصت المادة ١١٧٧ مدنى فرنسى صراحة على ذلك أيضا حينما قضت بأنه " إذا كان الإلتزام قد تم التعاقد عليه فى ظل شرط ينطوى على عدم حدوث واقعة ما فى وقت محدد ، فإن هذا الشرط يكون قد تحقق حينما ينتهى الوقت المذكور دون حدوث الواقعة ، وكذلك الحال إذا كان ثمة تأكيد بعدم حدوث الواقعة مستقبلا (٢).

ثانيا : تخلف الشـرط

إن تخلف الشـرط لايقطـع مرحلـة الإحتمـال إلا إذا كـان تخلفـه مؤكـدا . وتأكيد تخلفه يكون إما بسبب ضرب ميعاد معين لتحققه أو لعدم تحققه ، وإما بالتحقق من تخلفه أو بانقضاء مدة من الزمن يصبح معها أمر تخلف الشرط يبلغ حد اليقين .

فإذا كان هناك ميعاد معين لوقوع الشرط ، ثم انقضى هذا الميعاد دون أن يتحقق ، فإنه بانقضاء هذا الميعاد يتم التأكد من تخلف الشرط ، وكذا لو كان الشرط سلبيا condition negative أى قوامه عدم وقوع أمر ما ،

---

(١) د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ فقرة ١١٣ .

(٢) L'article 1177 du code civil dispose que " Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènemenet n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expirèsans que l'évènement arrivé : elle l'est également, si avat le lerme il est certain que l'évèenement arrivera pas,"

وتحدد لذلك ميعاد معين ، فإن الشرط يكون قد تخلف يقينا إذا تم وقوعه خلال الميعاد المحدد ، فإذا انقضى الميعاد ولم يقع الأمر المشروط فإن الشرط يكون قد تحقق أيضا يقينا . أما إذا لم يتم تحديد ميعاد لوقوع الشرط، فإنه يظل فى حالة الإحتمال مهما طال الزمن ، إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع ، فيعتبر الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت . بيد أن تأكيد تخلف الشرط فى هذه الحالة الأخيرة إنما يتأتى من القرائن أو طول المدة . فمثلا : لو كان الأمر المعلق عليه الإلتزام معقودا بإرادة أحد من الغير ، ثم أعلن هذا الغير صراحة عدم تنفيذه لهذا الأمر ، أو توفى قبل تنفيذه فإن الشرط يعتبر قد تخلف من هذا الوقت على وجه اليقين . وأيضا لو كان الأمر المعلق عليه الإلتزام هو عودة غائب مثلا ، فإن الشرط يكون قد تخلف إذا تم التحقق من وفاة هذا الغائب ، أو مضت مدة طويلة من الزمن بحيث يصبح معها أمر وفاته بالغا حد اليقين [١]

وأوضح القانون الفرنسى صراحة عملية تخلف الشرط سواء كان محدد له مدة معينة لتحققه أو لم يحدد فتنص المادة ١١٧٦ مدنى منه على أنه " إذا علق الإلتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت محدد ، فإن الشرط يعتبر متخلفا إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر ، فإذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ، ولا يعتبر متخلفا إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع " [٢] . وواضح من هذا النص أن أمر تخلف الشرط لايكون إلا مع اليقين بتخلفه ، مما يسمح بفترة الاحتمال أن تنقضى لتبدأ

---

(١) د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٩ . وانظر : نقض مدنى فى ١٩٧٦/٣/٣١ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ٢٧ ص ٨٣٨) .

(٢) L'article 1176 do code civil dispose que " Lorsqu'un obligation est contractée sousla condition qu'un évènement arrivera dans un temps Ftxe, cette condition est censée défaillir lorsque le temps eexpiré sans que l'évènement soitarrivé."

مرحلة اليقين للإلتزام المشروط ، وهو الأمر الذى تقضى به القواعد العامة فى القانون المصرى ، حيث لانص فيه على عملية تحقيق الشرط أو تخلفه.

بيد أن نص القانون الفرنسى قد أعطى لنا قاعدة مزدوجة ، على أن تطبيق هذه القاعدة المزدوجة متروك لتقدير القاضى . وقد قضى بأن طول مدة التأخير فى تحقيق الشرط يمكن أن يشبه بتخلف هذا الشرط [١] .

وتجدر الإشارة إلى أن تحقق الشرط أو تخلفه ينبغى أن تتم بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية ، ومن ثم فإن تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش يأخذ حكما مغايرا لحالتى تحقق الشرط وتخلفه - على النحو السابق توضيحه - فيعتبر الشرط متحققا ولو تخلف إذا كان عدم تحققه راجعا إلى فعل المدين ، ولا يشترط أن يبلغ فعل المدين مرتبة الغش ، لأن الدائن له أن يطالب المدين بتعويض الضرر الذى أصابه من جراء خطئه ، وخير تعويض يعطى للدائن - فى هذه الحالة - هو اعتبار الشرط قد تحقق حكما. وبالعكس فإن الشرط يعتبر قد تخلف ، إذا كان تحققه راجعا إلى فعل غير مشروع من جانب الدائن ، كأن يعمد تاجر بعد التأمين على متجره ضد الحريق الى اشعال النار فى المتجر [٢] وليس هذا إلا إعمالا لمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود .

وهذا المبدأ هو الذى نص عليه صراحة القانون الفرنسى فى هذا الشأن، إذ تقضى المادة ١١٧٨ مدنى فرنسى على أنه " يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذى منع تحققه " وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى ، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو نص المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، حيث كانت تنص على مايلى : (١) يعتبر الشرط قد تحقق إذا

---

(١) مشار اليه : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ هامش (٣) .

(٢) د. جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، بند ٤٥٦ . وانظر : نقض مدنى فى ١٩٦٦/٦/٧ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٦ ص ١٣٢٣) .

كان الطرف الذى له مصلحةى فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . (٢) لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق . وهذا النص فى المشروع التمهيدى - كما نرى - أكثر استيعابا وأوسع شمولا من نص القانون الفرنسى ، إلا أنه حذف فى لجنة المراجعة لامكان استخلاص حكمه من القواعد العامة [١] .

وعلى هذا فإن تحقق الشرط أو تخلفه بطريق التحايل لايجعل الشرط ينتج آثاره ، سواء فى ذلك القانون المصرى - بالرغم من عدم النص عليه - إذ يمكن إعماله عن طريق القواعد العامة ، وكذا القانون الفرنسى - خاصة بعد النص عليه فى المادة ١١٧٨ مدنى .

ويلاحظ أنه فى ظل النص الفرنسى - المشار اليه - ليس من الضرورى أن يكون الدليل قد قام على خطأ المدين ، بل يمكن اعتباره مفترضا بكل بساطة ، ومن ثم يعتبر الشرط متحققا - بالرغم من عدم تحققه - كجزاء على خطأ المدين ، بل إنه أفضل جزاء فى هذه الحالة ، وذلك معاملة للمسئ بنقيض مقصوده ، وهى القاعدة التى قال بها فقهاء المسلمين .

على أن الشرط لايعمل أثره فى حالة تحققه أو تخلفه بطريق الغش فقط، بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد أو الغش ، ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطئه دون تحقق الشرط أو تخلفه ، ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطئه فإن الشرط ماكان ليتحقق أو ليتخلف ، وفى هذه الحالة لايجوز اعتبارالشرط

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ١١ .

متحققا أو متخلفا ، مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تحققه أو تخلفه[1] .

ومن هذا كله يتضح أن مرحلة اليقين للشرط تبدأ إما بتحقق الشرط أو تخلفه يقينا ، سواء فى ذلك القانون المصرى أو القانون الفرنسى ، ومن ثم ينتج الشرط آثاره التى تختلف فى هذه المرحلة - مرحلة اليقين - عنها فى مرحلة الإحتمال . وهذا ماسوف نوضحه فى الغصن التالى :

الغصن الثانى : آثار الشرط فى مرحلة اليقين .

علمنا أن مرحلة اليقين تبدأ منذ لحظة انتهاء مرحلة التعليق ، وتنتهى حالة التعليق - كما أسلفنا - إذا ماتحدد مصير الشرط بأن تحقق أو تخلف. ومن ثم تترتب جملة من الآثار فى هذه المرحلة تختلف عن سابقتها يمكن ايجازها فيما يلى :

أولا : إذا كان الشرط واقفا

إذا كان الشرط واقفا وتخلف ، امتنع وجود الحق المحتمل الذى كان للدائن ، واعتبرت رابطة الالتزام كأن لم تنشأ أبدا بين المتعاقدين ، وينبنى على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التى اتخذها الدائن بموجب حقه المحتمل ، وإذا كان الدائن قد تصرف فى حقه المحتمل الى الغير ، فإن انعدام حق الدائن يستتبع زوال تصرفاته [2] ومعنى ذلك أن الدائن سيفقد الحق الشرطى الذى كان متوافرا لديه [3]

([1]) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٦٤ ، ٦٥ . راجع أيضا فى الفقه الفرنسى : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٣ فقرة ٨١ .

([2]) د. أنور سلطان ، المرجع السابق ص ٢٠٩ فقرة ٢٢٧ ، د. لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٧٦ فقرة ٣٢٩.

([3]) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ فقرة ٨٠ .

بيد أن الغاء كل أثر التخلف الشرط الواقف إنما يكون منذ البداية ، وهذا هو الأثر الرجعى لتخلف الشرط [1] ، وينبنى على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئا من الإلتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا ، أما إذا كان قد وفى شيئا فله أن يسترده .

أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن حق الدائن الذى كان محتملا اثناء مرحلة التعليق ، يصبح حقا مؤكدا ، بل واجب التنفيذ ، بحيث يمكن إجبار المدين على تنفيذه ، ولا يكون ذلك من يوم تحقق الشرط ولكن من وقت الإتفاق على إنشائه ، إعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط ، والتى ورد النص عليها بالمادة ٢٧٠ مدنى مصرى ، والمادة ١١٧٩ مدنى فرنسى على نحو ما سنوضحه فى المبحث التالى بمشيئة الله تعالى . ولهذا فإن حق الدائن الذى كان ناقصا يصبح حقا كاملا ، كما أن القيود الناجمة عن الطابع الشرطى الذى ينطوى عليه هذا الحق تكون قد تلاشت [2] .

ويترتب على تحقق الشرط فى هذه الحالة جملة من النتائج [3] أهمها :

١ - للدائن عند تحقق الشرط أن يتخذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه ، كما له أن يباشر الدعوى البوليصية وليس له ذلك إلا إذا تحقق الشرط ، كما ورد بنص المادة ٢٦٨ مدنى مصرى .

٢ - ليس للمدين أن يسترد ماوفاه للدائن أثناء فترة التعليق ، ولو كان وفاؤه بطريق الغلط ، لأن الدين لايعتبر موجودا من وقت تحقق الشرط حتى يقال إن المدين قد دفع غير المستحق ، بل يعتبر موجودا من وقت الإتفاق على إنشائه .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٢/١/١١ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٣ ص ٤٩ رقم ٦) .

(٢) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ فقرة ٨٢ .

.(3) Alix Weill, P. 1046.

٣ - إذا كان الحق المعلق على شرط واقف مضمونا برهن ، وقيد المدين الرهن قبل تحقق الشرط ، فإن الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ قيده لا من تاريخ تحقق الشرط .

٤ - إذا صدر قانون جديد من شأنه أن يعدل من شروط الإلتزام المعلق على شرط واقف ، فإن هذا القانون لاينطبق على هذا الإلتزام ، لأنه نشأ قبل صدوره ، ومن ثم يخضع هذا الإلتزام للقانون القديم . فإذا فرضنا أن القانون السارى وقت الاتفاق كان لايتطلب الشكلية فى هذا الاتفاق ، وأثناء فترة التعليق صدر قانون جديد يتطلب الشكلية لهذا الاتفاق ، ثم تحقق الشرط، فإن الإلتزام المعلق ينشأ صحيحا دون تطلب ركن الشكلية الذى جاء به القانون الجديد . ويفسر هذا الحكم بفكرة الأثر الرجعى للشرط ، وليس على أساس فكرة الحق المكتسب التى تحول دون سريان القانون الجديد على الماضى ، ولذا يخضع هذا الاتفاق المعلق للقانون الذى تم انشاؤه فيه ، وهو القانون القديم [1] .

٥ - تبدأ مدة التقادم فى السريان منذ لحظة تحقق الشرط ، فهى اللحظة التى يصبح فيها الحق مستحق الأداء [2] .

ثانيا : إذا كان الشرط فاسخا

تنص المادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى على مايلى :

---

(1) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ فقرة ١٤٩ ، د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص١٤٦ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ فقرة ٢٢٧.

(2) راجع المادة ٢٢٥٧ مدنى فرنسى وهى خاصة بالأمر المقضى (التقادم) والحقيقة أن هذا الأمر يضع جزاء على عدم حركة الدائن ، ولا يعرف اللوم على عدم الحركة بالنسبة لصاحب الدين الشرطى إلا منذ تحقق هذا الشرط .

١ - يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الإلتزام ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض.

٢ - على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط [١] .

ومن هذا النص يتضح أنه إذا كان الشرط فاسخا (لاغيا) وتحقق ، فإن الإلتزام الذى كان موجودا أثناء التعليق يعتبر كأن لم يكن أبدا ، أى أن زوال الإلتزام لايرجع إلى وقت تحقق الشرط بل يرتد إلى وقت الإتفاق عليه، وذلك إعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط ، ولهذا فإن الإلتزام الذى كان قائما ينفسخ بمجرد تحقق الشرط الفاسخ ، ويكون ذلك بقوة القانون ، دون حاجة إلى صدور حكم أو إعذار ، ويترتب على ذلك أنه لاحاجة لطلب الفسخ ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن إذا حصل نزاع وجب الإلتجاء إلى القضاء لا ليقضى بالفسخ ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، فالحكم فى هذه الحالة كاشفا لامنشئا ، ولايجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يمنح مهلة للمدين " نظرة الميسرة " ، ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك بانفساخ العقد ،

---

(١) ورد هذا النص فى المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة " استحال " بكلمة " تعذر " فى الفقرة الأولى ، وأصبح رقم النص ٢٨١ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة " نافذة " بكلمة " قائمة " فى الفقرة الثانية واصبح رقم المادة ٢٦٩ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٦ وما بعدها) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى : م ٢٦٩ سورى ، م ٢٥٦ ليبى ، م ٣٨٩ عراقى ، م ٩٧ - ٩٩ لبنانى ، م ٣٢٧ كويتى ، م ٣٩٩ أردنى .

ولايجوز للطرفين - باتفاقهما - أن ينزلا عن الفسخ ، إذ يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه [1] .

بيد أن القضاء المصرى اشترط لانفساخ العقد كأثر لتحقق الشرط الصريح الفاسخ توقفه على طلب من تقرر الشرط لمصلحته ، لجواز تنازله عن الشرط صراحة أو ضمنا ولو بعد تحققه [2] .

وعلى الجملة فإن تحقق الشرط الفاسخ يرتب النتائج التالية :

١ - للمدين أن يسترد من الدائن ما أداه أثناء التعليق ، وذلك بدعوى رد غير المستحق ، ومن باب أولى يكون له الإسترداد إذا كان قد وفى الدين عن غلط بعد تحقق الشرط .

٢ - إذا كان وفاء المدين قد تم بشئ معين بالذات ، وهلك هذا الشئ بخطأ الدائن سئل عن ذلك وفقا للقواعد الخاصة برد غير المستحق ، والقواعد الخاصة بالتعويض [3] .

أما إذا كان الهلاك راجعا إلى سبب أجنبى ، فإن تبعة هلاكه تكون على عاتق الدائن فى العقود الملزمة للجانبين ، وعلى عاتق المدين فى العقود الملزمة لجانب واحد .

٣ - تزول كافة الإجراءات التنفيذية والتحفظية التى يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه أو للمحافظة عليه .

٤ - مايصدر من الدائن من أعمال الإدارة يظل قائما رغم تحقق الشرط ، ذلك أن أعمال الإدارة - كالإيجار - لاتؤثر فى الحقوق التى استقرت

---

(1) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٦٨ وما بعدها .

(2) نقض مدنى فى ١٩٨٢/٦/٣ (طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٩ ق) ، نقض مدنى فى ١٩٨٥/١٠/١٧ (طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥٤ ق) .

(3) نقض مدنى فى ١٩٧٨/٣/١٦ (مجموعة أحكام النقض المدنى س ٢٩ ص ٧٧٣ رقم ١٥٢ .

نهائيا من جراء تحقق الشرط ، ثم إنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ماينبغي من الاستقرار (١) . ولكن ذلك مشروط بحسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، وألا يجاوز فى أعمال الإدارة الحد المألوف . وذلك لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها فى وقتها المناسب ، كما يجب أن يكون لها من الاستقرار مايكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها (٢) .

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ - بوجه من الوجوه السابق الإشارة اليها فى الغصن الأول - فإن الإلتزام الذى كان معلقا عليه يستقر نهائيا ويصبح باتا غير معرض للزوال ، بعد أن كان مهددا بالزوال . وينبني على ذلك منع زوال الإلتزام نهائيا ، واعتباره التزاما منجزا منذ إنشائه ، ولهذا يتأيد حق الدائن فى هذه الحالة ، كما يتأيد كافة التصرفات التى صدرت منه فى فترة التعليق ، حيث تصبح - بتخلف الشرط الفاسخ - باتة ونهائية ، وذلك منذ إنشائها ، لا من وقت تخلف الشرط يقينا ، وفقا لمبدأ الأثر الرجعى للشرط ، وهو مانعرض له تفصيلا فى المبحث التالى .

---

(١) م ٢/٢٦٩ مدنى مصرى ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ١٧

(٢) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها .

المبحث الخامس

الأثــر الرجعــى للشـــــرط

علمنا فيما سبق أن للشرط أثرا رجعيا ، سواء كان واقفا أو فاسخا ، وبالتالى فإن الإلتزام المعلق على شرط واقف يعتبر أنه موجود منذ إنشائه ، لا من وقت تحقق الشرط ، كما يعتبر الالتزام المعلق على شرط فاسخ لاوجود له منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط ، وهو نفس الحال بالنسبة لتخلف الشرط فى النوعين ، وذلك إعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط .

ولقد نص القانون المصرى والفرنسى على هذه الفكرة صراحة - بالرغم من الشكوك التى تحيط بمضمونها - حيث نصت المادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى على مايلى " (١) إذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الإلتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط. (٢) ومع ذلك لايكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لايد للمدين فيه [1] .

كما نصت المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى على هذه الفكرة صراحة ، حيث تقضى بأن " للشرط الذى تحقق أثر رجعى منذ اليوم الذى تم التعاقد فيه

---

(١) ورد هذا النص فى المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أبدلت فى لجنة المراجعة كلمة " انسحب " بكلمة " استند " . ووافقت عليه لدجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢١ وما بعدها) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى : م ٢٧٠ سورى ، م ٢٥٧ ليبى ، م ٢٩٠ عراقى ، م ٩٨ ، ٩٩ لبنانى ، م ٣٢٨ كويتى ، م ٤٠٠ اردنى .

على القيام بالعمل "[١] وإن كان هذا النص خاص بالشرط الواقف فإن نص المادة ١١٨٣ مدنى فرنسي قد قضت - هى الأخرى - صراحة على هذه الفكرة بالنسبة للشرط اللاغي . حيث ذكرت وهى بصدد تعريف هذا النوع من الشرط بأن " الشرط اللاغى هو ذلك الشرط الذى بتحققه يتم الغاء الإلتزام ، ويتم تسليم الأشياء بنفس حالتها ، كما لو لم يوجد الإلتزام أصلا "[٢] .

وهكذا نجد نصا واضحا وصريحا على فكرة الأثر الرجعى للشرط سواء كان واقفا أو فاسخا - لاغيا - فى كل من القانون المصرى والقانون الفرنسي . ولما كانت مسألة الرجعية هذه من أهم مسائل الإلتزام المعلق على شرط ، أو الإلتزام الموصوف بالشرط ، كما عبر عن ذلك بعض الفقهاء[٣] فإن معالجة هذه الرجعية تحتم علينا إلقاء الضوء على مضمونها ، ومبرراتها ، وتقديرها من قبل الفقهاء قديما وحديثا ، ثم الاستثناءات الواردة عليها ، وأخيرا وجهة نظرنا بشأنها ، وذلك كله فى النقاط التالية :

أولا : مضمون الأثر الرجعى للشرط

يقصد بالأثر الرجعى للشرط[٤] أنه إذا كان واقفا وتحقق ، أصبح الإلتزام مؤكدا من وقت إبرام الاتفاق المنشئ للإلتزام ، وليس فقط من وقت

---

(1) La condition réalisée est précisé par l’article 1179 qui pose le principe de la rétroactivité de la condition: “ la condition accomplie a un effet retroactif au jour auquel l’engagement a été contracté “ .

(2) L’article 1183 du cod civl inclut cette rétroactivité dans la définition même de la condition résolutoire: “ la condition résolutoire est celle qui, lorsqu’elie s’accomplit, opère la révocation ae l’obligation, et qui remet les choses au même élat que si l’obligation n’avait pas existé “ .

(٣) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٤) نقض مدنى فى ١٩٦٢/١/١١ (مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٤٩) ، د. جمال زكى ، المرجع السابق ، بند ٤٥٧.

تحقق الشرط - وتطبيقا لذلك فإن حق الدائن يعتبر قائما منذ العقد ، لا من وقت تحقق الشرط ، وينبنى على ذلك أنه إذا كان المدين قد أوفى بدينه خلال فترة التعليق ثم تحقق الشرط فإنه يمتنع عليه الإسترداد ، كما وأن أى قانون جديد يصدر ليعدل من شروط إنشاء الالتزام ، لاينطبق على الالتزام الذى كان معلقا ، لأنه يعتبر قد نشأ قبل صدور القانون الجديد . كما يترتب على ذلك أيضا أن التصرفات التى تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح عند تحقق الشرط نافذة منذ البداية [١] . يضاف إلى ذلك أيضا أن للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يطعن على تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية ، حتى ماكان منها سابقا على تحقق الشرط ، فإن حقه يعتبر - بفضل الأثر الرجعى - موجودا منذ الإتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقا على تصرف المدين ، كما يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقا على شرط واقف ، هو دفع القسط الأول من التأمين ، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعى ، واعتبر عقد التأمين نافذا من وقت التعاقد لامن وقت تحقق الشرط ، فلو أن شخصا أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذا قبل وفاة المؤمن على حياته، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقا [٢] .

وعلى الجملة ومن حيث المبدأ ، فإنه حينما يتحقق الشرط المعلق ، فكل مايحدث يبدو كما لو كان الالتزام مولودا يوم الإتفاق ، وكما لو كان الحق الشرطى هو الأصل التام من البداية ، وذلك إعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط [٣] .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٠/٥/٩ (مجموعة عمر ج ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) ، نقض مدنى فى ١٩٧٤/١٢/١١ (مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٢٤٠ ص ١٤١٣) .

(٢) راجع فى نتائج مبدأ الرجعية بالنسبة للشرط الواقف : د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٨٠ وما بعدها فقرة ٤٣ .

(٣) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ بند ٨٣ .

وما قيل فى الشرط الواقف وما ترتب عليه من نتائج - إعمالا لفكرة الأثر الرجعى - يقال بالنسبة للشرط الفاسخ ، حيث يترتب على تحققه زوال حق الدائن واعتباره لم يوجد أصلا ، فإن كان المدين قد أوفى كان له أن يسترد ماوفاه ، وبالعكس فإن التيقن من تخلفه يجعل الإلتزام صحيحا ونافذا منذ البداية . وعلى الجملة فإنه يترتب عليه كافة النتائج المترتبة على تحقيق أو تخلف الشرط الفاسخ إعمالا لفكرة الأثر الرجعى للشرط [1] . هذه الرجعية التى نص عليها صراحة فى القانون المصرى والفرنسى ، يبدو أن الفقهاء الرومان فى الحقبة الكلاسيكية كانوا يجهلونها ، ومع ذلك فإنها كانت موجودة بالمجموعات القانونية لجوستنيان Justenien [2] ، ويرى اهرنج أن القانون الرومانى كان يقول بالأثر الرجعى ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية ، وبأن الحق قد وجدت بذرته منذ البداية كالجنين [3] . ومعنى ذلك أن الفقه الرومانى عرف أيضا هذه الفكرة ، وأوجدها ضمن مجموعاته القانونية ، فما هى إذن الأسانيد القانونية التى تقوم عليها هذه الفكرة ؟! هذا ماسوف نحاول الإجابة عليه فى النقطة التالية .

ثانيا : مبررات الأثر الرجعى للشرط

ذكر العلامة السنهورى جملة من الأسانيد والأسس التى يقوم عليها مبدأ الأثر الرجعى للشرط ، وذلك نقلا عن الفقه الفرنسى ، كما أشار سيادته إلى ذلك بالمراجع التى أشار اليها ، وهذه الأسانيد ماهى إلا مبررات لوجود هذه الفكرة التى تعد خيالية أو محض افتراض - كما سنوضحه عند تقييمنا لها - بيد أن هذه الأسانيد لاتقوى على ايجاد فكرة قانونية سليمة ، يترتب عليها آثار قانونية غاية فى الأهمية - من وجهة نظرنا على الأقل - ، ولذا فسوف أعرض لهذه المبررات كما قال بها الفقه المصرى والفرنسى

---

(1) راجع فى نتائج مبدأ الرجعية بالنسبة للشرط الفاسخ تفصيلا : د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١١ فقرة ٢٢٨ .

(2) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ بند ٨٢ .

(3) مشار إليه : د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ هامش (٣) .

على السواء ، على أن أقوم بمناقشتها فى النقطة التالية ، لنصل سويا فى النهاية إلى تقرير ما إذا كان لهذه الفكرة أهمية عملية فى وقتنا الحاضر ، أم ينبغى على المشرع الوضعى أن يفكر جديا فى الغائها ، ولو بالنسبة للشرط - الذى نحن بصدده - لعدم أهميتها . وسوف يتضح ذلك فيما يلى :

تشعبت الآراء فى بيان الأسس والمبررات التى يقوم عليها مبدأ الأثر الرجعى للشرط [١] . فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمى ، أو حيلة Fiction من جانب المشرع ، الغرض منها تفسير بعض النتائج التى تترتب على تحقق الشرط ، وبالتالى لايجوز التوسع فى إعمال هذا الأثر الرجعى ، بل يجب قصره على الأحوال التى قصد المشرع صراحة أو ضمنا أن يكون لتحقق الشرط فيها اثر قانونى . ولكن بالرغم من ذلك يبقى التساؤل قائما دون إجابة ، لماذا افترض المشرع هذا الإفتراض الوهمى فى النتائج التى رتبها على تحقق الشرط ، خاصة وأن هذا الإفتراض - الحيلة - ماهو إلا كذب على الواقع وتزوير له [٢] أو هو كما عبر عنه الفقيه الألمانى إهرنج Ihring بأن الإفتراض ماهو إلا كذب فنى تقتضيه الضرورة [٣] ولذا عبر عنه الفقه المصرى بأن الإفتراض ماهو إلا إلباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانونى معين ، ماكان ليتحقق لولا هذا الإفتراض الكاذب [٤] .

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك : د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ هامش (٣) .

(٢) د. احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ١٢٠ ، د. سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٥ ، ص ٤٠١ .

(٣) مشار اليه : د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى ، ط ١٩٥٦ فقرة ٦٤ .

(٤) د. منصور مصطفى ، المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٠ ، دار الكتاب العربى بمصر ، ص ١٧٦.

ويذهب البعض إلى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط ليس إلا تعبيرا ملائما للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجودا من قبل ، وهذا التثبيت Confirmation هو كل المقصود بالأثر الرجعى ، وعلى هذا لايكون الأثر الرجعى افتراضا وهميا من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ الإتفاق عليه ، وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده . ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الفاسخ . بل إنه فى جانب الشرط الواقف ماهو إلا مصادرة على المطلوب ، لأننا لانقول بوجود الحق فى الشرط الواقف منذ البداية ، إلا استنادا إلى فكرة الأثر الرجعى للشرط ، فلا يجوز أن تفسر الفكرة بنفسها . ويبدو أن هذا التفسير هو ماقال به الفقيه الألمانى اهرنج فى إرجاع هذه الفكرة الى القانون الرومانى ، على النحو السابق الإشارة اليه فى مضمون هذه الفكرة [1] .

هذا ويذهب البعض أيضا إلى أن الأثر الرجعى للشرط ليس إلا تطبيقا للمبدأ القاضى بأن فاقد الشئ لايعطيه nemo plus juris ad alium transferre potese quam ipso habet فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو فاسخ لايستطيع أن يتصرف فى هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف أو الفاسخ ، وإلا أعطى أكثر مما يملك . غير أن هذا التفسير بدوره لايكفى لتأسيس فكرة الأثر الرجعى ، فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ لايستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فإن هذا لايمنعه من أن ينقل مايملك ، وهو يملك حقا معلقا على شرط فاسخ ، ومن ثم يستطيع أن ينقله ، حتى إذا ماتحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية - على نحو ما سيأتى فى الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ - . فالمبدأ القاضى بأن فاقد

---

(1) GALLET (AIME) : Etude sur la fiction de retroactivité dans le droit francais. Th. Doc. Poitiers 1903, p.7.

الشئ لايعطيه لايقتضى حتما الأخذ بمبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط [1] .

ويبدو أن الفقه الفرنسى فى مجمله يعتمد أساسا على أن رجعية الشرط ماهى إلا وسيلة فنية تم تخصيصها للمحافظة على الحل الذى يقول بأن المشرع قد قدر المطابقة أو الملاءمة بالنسبة لحسن النية وبالنسبة للأمانة . فثمة ميزة تتحقق من ضمان اكتساب صحيح لحق من الحقوق عندما يتحقق الشرط ، وفضلا عن ذلك فإنه يتميز بوضع كافة الآثار المترتبة على الالتزام المشروط فى تاريخ واحد ، لأن رجعية الشرط تتميز بالتبسيط [2] . غير أن هذا التفسير بدوره لايقوى على قيام اساس سليم لهذه الفكرة . حيث أن اعتبار حسن النية والثقة والأمانة مبدأ عام لكافة الإلتزامات المشروطة منها وغير المشروطة ، فحسن النية مبدأ يجب أن يراعى فى تنفيذ كافة العقود .

ويكاد يجمع الفقه المصرى على أن فكرة الأثر الرجعى للشرط ماهى الا مجاز أو افتراض قانونى ، ذلك أنه لم يكن للالتزام المعلق على شرط واقف وجود مؤكد فى فترة التعليق ، كما أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كان قائما أثناء تلك الفترة ، فالقول بأنه بتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان منجزا من وقت الاتفاق على إنشائه ، كما أن القول بأنه بتحقق الشرط الفاسخ يعتبر أن الإلتزام لم ينشأ أصلا قول فيه مخالفة للحقيقة، فهو إذن يقوم على المجاز أو الافتراض [3] ، مع الأخذ فى الاعتبار أن المقصود بالحقيقة التى تخالف بالمجاز القانونى هى الحقيقة الطبيعية لا

([1]) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٦ - جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٧ فقرة ٨٤ .

([2]) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٧ ، ٧٨ .

([3]) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ وما بعدها ، د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

القانونيـــــــة [1] .

ومـع القول بـأن الأثـر الرجعـى للشـرط مـاهو الا مجــاز أو افـتراض قانونـى ، فإن الفقه المصرى يرى – تـبريرا لـه – بـأن المشـرع أراد مـن تقريره له المحافظة على حقوق الطرف الذى تحقق الشرط لمصلحته ، وهو الدائن فى الشرط الواقـف ، والمدين فـى الشـرط الفاسـخ . فلـو فرضنـا أن شخصا باع لآخر عينا ، وكان التزامه بنقل الملكية معلقا على شرط واقف ، وقام البائع بعد ذلك بترتيب حقوق على هذه العين ، وبعد ذلك تحقق الشرط، فإن لم يكن لتحققه أثـر رجعـى ، فـإن الملكيـة تنتقـل الـى المشـترى محملـة بالحقوق التى رتبها البائع أثناء فترة التعليق ، فهـى حقـوق ترتبـت مـن قبـل المالك ، أما إذا كان لتحقق الشرط أثر رجعى فإن الملكيـة تعتـبر قـد انتقلـت الى المشترى منذ ابرام عقد البيع ، ويعتبر المشترى مالكا من هذا التاريخ ، ومن ثم فإنه يترتب على ذلك سقوط الحقوق التى رتبها البائع أثناء التعليـق ، لأنها تكون قد صدرت عن غير مالك ، وبالتالى لاتكون نافذة ، بـل يسـرى بشأنها أحكام بيع ملك الغير ، على نحو ماهو مقرر فى القانون المدنـى [2] . ونفس الأمر بالنسبة للمدين فى الشرط الفاسخ . فهذا – كما يقول الفقهاء – هو التبرير العملى لفكرة الأثـر الرجعـى للشـرط ، وهـو تـبرير مسـتمد مـن الغرض المقصود منها [3] . وسوف نـرى عنـد تقديرنـا لهـذه الفكـرة أن هـذا التبرير واه وضعيف أيضا .

ويرى البعض أن فكرة الأثر الرجعى للشـرط مـاهى إلا تفسير معقـول لإرادة المتعاقدين ، ولذا فإن هذه الفكرة تستجيب فى أكثر الأحوال لظـروف

---

(1) راجع فى المقصود بالحقيقة التـى تخـالف بالمجـاز القـانون : رسـالتنا " الحيـل فـى القانون المدنى ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، دكتوراه فـى الحقـوق مـن جامعـة عيـن شمس ، ١٩٩٢ ، ص ١٦٢ وما بعدها .

(2) م ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨ مدنى مصرى .

(3) د. احمد سلامة ، المرجع السـابق ، ص ١٤٦ ، د. اسـماعيل غـانم ، المرجـع السابق، ص ٣٠٢ .

التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لايعرفان وقت التعـاقد إن كان الشرط يتحقق أو لايتحقق ، ولـو أنهمـا كانـا يعرفـان ذلـك لمـا علقـا العقد على الشرط ، ولجعلاه عقدا بسيطا منجزا . ومن ثم يمكن الاطمئنـان على هذه الفكرة تفسيرا لإرادة المتعاقدين ، وأنهما أرادا أن يسندا أثـر العقد إلى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط [١] . وسوف نقـوم ايضـا بمناقشـة هذا المبرر ونبين نقد هذه الفكرة فى ضوء الفقه قديما وحديثا وذلك كمـا يلـى فى النقطة الآتية .

ثالثا : تقدير فكرة الأثر الرجعى للشرط .

يمكن القول بأن فكرة الأثر الرجعى للشـرط قد أثـارت حفيظـة الفقهـاء بشأنها قديما وحديثا ، فمنذ القدم كـان هـذا المبدأ مجهـولا فـى ظـل القـانون الرومانى ، وإن وجدت بعض التطبيقات بالنسـبة لـه فـى بعض المجموعـات التى ظهرت فى الحقبة الأخيرة من هـذا القـانون [٢] . كمـا أن الفقـه الفرنسـى تحفظ كثيرا بشأن هذه الفكرة ، ويشير الموقـف الأول منـه إلـى إنكـار وجـود قاعدة حقيقة للرجعية ، وإلا أصبـح مشـكوكا فيهـا مـع مـا تنطـوى عليـه مـن استثناءات هامة . ويعترف بعض المؤلفين - فى فرنسا - بهذا المبدأ غير أنهم يعتبرونه من قبيل الخيال ، والالتجـاء إلـى الخيـال قد وجـد القليـل مـن الشرح وتساوى بذلك مع الاعتراف باستحالة الشرح ، بل إن الطـابع الخيالى لرجعية الشرط - نفسه - قد اكتنفه الشك لدرجـة خطـيرة ، ومـن ثـم فـإن مبدأ الرجعية - هذا - لايولد كل نتائجه كما يفعل المنطق السليم ، وعلـى الجملة يمكن القول بأن هذا المبدأ ليس له أثر مطلقا [٣] .

---

(١) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ولنفس المؤلف : الموجز ، فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ هامش (١) ، د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٧٥ ، ٧٧ .

(٢) لم يكـن القـانون الرومـانى فـى عهده المدرسـى يجعل للشـرط أثـرا رجعيـا فـى كـل الصور ، وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعى فى جميع الصور فى عهد جوسـتنيان (د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ هامش "١")

(٣) جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ ، ٧٧ .

ويذهب الفقه الفرنسى إلى القول بأنه إذا سلمنا جدلا بوجود هذه الفكرة - خاصة بعد نص القانون الفرنسى عليها صراحة [1] - فإن تطبيق جميع النتائج المنطقية لها يدفعنا إلى مزيد من النتائج التى يكتنفها الخوف ، ولهذا فإنه ثمة حدود هامة جاءت متعلقة - وبشكل تقليدى - بالرجعية سالفة الذكر بالنسبة لفئات محدودة من العقود . ففى العقود العينية ، لايمكن الإشارة الى كل آثار الشرط وبتاريخ سابق على تسليم الشئ ، كما أنه بالنسبة للقرض الخاضع للشرط المعلق بطلب المقترض ، فإن الأموال المقترضة لاتنتج فائدة إلا من اليوم التى تكون فيه هذه الأموال قد تم تقديمها فعلا ، وليس من يوم الاتفاق على فتح ائتمان . ولذا فإن فكرة رجعية الشرط هى فكرة غير منطقية لما يوجد فيها من مخاطر ، حيث أن المادة ١١٨٢ تترك المخاطر للبائع الخاضع للشرط المعلق ، كما أن القضاء يبعد فسخ عقد الثمار عن طريق البائع الخاضع للشرط المعلق ، ومن حيث المبدأ وإعمالا للشرط فإن البائع لايتمتع بأى حق على الشئ منذ ابرام العقد [2] وهو مايعد مجافيا للصواب فى كثير من الحالات .

ومن هذا يتضح أن الفقه الفرنسى يرى عدم الضرورة إلى اللجوء إلى فكرة الرجعية بالنسبة للشرط ، بل إنه يرى معها تحقيق كثير من المخاطر ، خاصة بالنسبة للغير ، وأن اللجوء إليها ماهو إلا خيال محض ، والخيال لاينبغى أن يكون سندا لحقائق قانونية ، وما تقرير المشرع الفرنسى لها إلا ترجمة لإرادة الأطراف ، ولذا فإن القاعدة القانونية لرجعية الشرط ليست بقاعدة آمرة ، إذ يمكن استبعادها بواسطة الأطراف الذين يستطيعون - بما لهم من صلاحيات - أن يتفقوا على الا يولد الإلتزام كامل آثاره إلا بعد يوم تحقق الشرط [3]

---

(١) م ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٦ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٧٥ ، ٧٨ .

وهكذا نجد أن الفقه الفرنسي - فى الغالب الأعم - لايميل الى الأخذ بهذه الفكرة ، حيث يرى أن هذه الفكرة من أكثر الأفكار القانونية جدلا بين الفقهاء ، وأنها لاتقتصر على الشرط وحده بل تتعداه الى قسمة المال الشائع والبطلان والفسخ ، وأنها ماهى إلا إفتراض محض لايقوم على أساس ، حيث يذهب جانب كبير من الفقهاء إلى إمكان الإستغناء عن فكرة الأثر الرجعى بالنسبة لقسمة المال الشائع ، وهى فيه أقوى حجة وأظهر سندا منه فى الشرط ، ومن ثم يمكن التخلى عن هذه الفكرة وإيجاد حلول بديلة فى الأفكار القانونية الأخرى ، التى تؤدى نفس الهدف الذى يؤديه الأثر الرجعى ، باعتبار أن الأخير محض افتراض وخيال وهمى [1] .

وهذا الذى يميل إليه الفقه الفرنسي هو مانراه راجحا - من وجهة نظرنا - ، حيث يجوز الاستغناء عن فكرة الأثر الرجعى هذه بكثير من الأفكار الأخرى ، خاصة وأن دعمها الأساسى من وجهة نظر الفقه والقانون فى فرنسا هو الإرادة المحتملة لأطراف التعاقد . وأرى أن تكون هذه الرجعية من مسلمات هذه الإرادة ، والا يترتب آثارها إلا إذا تم الاتفاق عليها ، فيصير عدم إعمال آثارها هو القاعدة ، والاستثناء إعمال هذه الآثار ، إذا ماتم الاتفاق عليها بين الأطراف ، وذلك على عكس مايقضى به القانون الفرنسي وتقريره لمبدأ الرجعية هذا ضمن نصوصه الصريحة ، مع ترك عدم إعمال آثارها لحرية أطراف التعاقد .

ومما يدعم وجهة نظرنا هذه أن الرجعية المذكورة قد تخلت عنها

---

(1) راجع فى الأفكار البديلة لفكرة الأثر الرجعى : د. ابو زيد عبدالباقى مصطفى ، الافتراض ودوره فى تطور القانون ، ١٩٨٠ ، دار التاليف ، ص ١٠٤ وما بعدها فقرة ٥٨ . د. اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ حق الملكية ، ط ٢ (١٩٦١) ص ٢٩٣ - ٣٠٩ ، فقرة ١٣٠-١٣٣ ، د. احمد سلامة ، الملكية الفردية فى القانون المصرى ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٧٥، ص ٤١١ وما بعدها فقرة ١٤٢ .

القوانين الأكثر حداثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى [1] .

ويبدو أن وجهة نظرنا هذه هى الغالبة بالنسبة للفقه المصرى ، فبعد أن قمنا سلفا بمناقشة الأسانيد التى قال بها الفقهاء لفكرة الأثر الرجعى – كما فى النقطة السابقة – نستطيع القول بأنه لم يسلم من هذه المناقشة إلا الأساس الذاهب إلى أن فكرة الأثر الرجعى للشرط إنما تؤدى إلى حفظ حقوق الطرف الذى تحقق الشرط لمصلحته ، وحتى لاتنتقل إليه الملكية محملة بحقوق يكون المالك الأصلى قد رتبها أثناء فترة التعليق ، فإنه يمكن القول – وباختصار – بأن أعمال الأثر الرجعى فى هذه الحالة يتعارض تماما مع مصالح المالك وجواز تصرفه التام فيما يملك ، خاصة وأن الملكية له قائمة اصلا وزوالها معلق على تحقيق شرط ، قد يتحقق وقد يتخلف ، فإعمال الأثر الرجعى فى هذه الحالة ، حفاظا على حقوق من تنقل إليه الملكية – فى حالة تحقق الشرط – يكون فيه نوع من التقييد بالنسبة لسلطان المالك على ملكه ، ومراعاة من تنقل إليه الملكية – بإعمال الأثر الرجعى – هو تحكم لامبرر له ، ولو فرضنا أنه ينبغى لنا مراعاة وحماية مصالح الطرفين معا ، فإن ترجيح أحدهما دون الآخر ، إنما هو ترجيح بلا دليل ، وبلا منطق قانونى سليم ، والأولى بالرعاية – فى حالة تعارض المصالح – هو المالك الأصلى ، ومن ثم فإن عدم إعمال الأثر الرجعى بالنسبة له ، هو الذى يحقق مصالحه ، ويطلق حريته فى التصرف فى أمواله ، دون حظر من تحقق شرط يهدم عليه كل تصرفاته فى هذا المال ، ولو اراد الطرف الآخر العمل على حماية مصالحه ، فإنه يمكنه – وبلا عناء – أن يشترط الرجعية فى العقد ، عند ذلك يتحمل المالك نتائج تصرفاته ، لأنه

---

[1] انظر المواد ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى ، والمادتين ١٧١ ، ٢/١٧٤ من تقنين الالتزامات السويسرى ، وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفا أو فاسخا ، ليس لتحققه أثر رجعى إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الأثر فيما بينهما (مشار إلى ذلك : د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٨ هامش "١") .
وانظر كذلك : جبريل مارتى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ .

وافق على مبدأ الرجعية . وهكذا نجد أن اعتبار القاعدة العامة ، هى عدم الرجعية إلا إذا تم الاتفاق عليها هى الأولى بالإتباع ، خاصة وأن مبدأ الرجعية ماهو إلا افتراض مخالف تماما للحقيقة والواقع . وبالتالى لايلجأ إليه إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة فى هذه الفرضية ، حيث يمكن حماية مصالح الطرف الدائن فى الشرط الواقف أو المدين فى الشرط الفاسخ ، بالاتفاق على الرجعية صراحة أو ضمنا منذ بداية العقد .

وأما القول بأن الأثر الرجعى للشرط ماهو إلا إرادة محتملة لأطراف التعاقد ، وأنهما ارادا أن يسندا اثر العقد إلى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط ، لعدم علمهم سلفا بوقت تحققه ، فإنه يكفى للرد عليه بأننا لانلجأ إلى الإرادة المحتملة إلا إذا عدمنا الإرادة الحقيقية ، ومادام الطرفان يستطيعان أن يتفقا - ولو ضمنا - على إلغاء الأثر الرجعى ، فإن لهما أن يتفقا صراحة أو ضمنا - بإرادة حقيقية - على إعمال هذا الأثر منذ البداية ، وبذا نكون أمام إرادة حقيقية لا إرادة محتملة ، فمعلوم أنه فى حالة إجتماع الإرادتين معا ، فإن الإرادة الحقيقية تنسخ الإرادة المحتملة ، ولذا تقدم عليها . ولهذا فإن اعتبار عدم الرجعية هو القاعدة العامة . وإنى لعلى قناعة بأن اعتبار عدم الرجعية هو القاعدة العامة سوف يحل كثيرا من التعقيدات المترتبة على الأثر الرجعى ، فإذا ماكان هناك ضرر من عدم إعمال الرجعية ، فإنه يجوز لأطراف التعاقد الاتفاق عليه منذ البداية ، ـة وأن المشرع لم يجعل مبدا الأثر الرجعى من النظام العام ، الذى لاتجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فإذا ماتعارضت النية الحقيقية للمتعاقدين مع النية المحتملة ، فلا شك أن الأولى تنسخ الثانية [1] .

---

(1) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ حيث ذكر سيادته أن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين وجعل الأصل هو الأثر الرجعى للشرط .

ومما يؤيد وجهة نظرنا هذه ، أن العلامة السنهورى الذى ذكر أن التقنين المدنى الجديد لم يخطئ فى استبقائه لمبدأ الأثر الرجعى على غرار التقنينات اللاتينية ، وأن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين [1] . هذا الفقيه – رحمه الله – قد ذكر فى ذات المؤلف ص ٧٦ مانصه " وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعى للشرط ، إذ يرونه مجافيا للواقع ، ومعطلا لحرية تصرف المالك فى ملكه ، وضارا بالغير ، إذ يبقى على الدوام مهددا بهذا الأثر الرجعى ، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق . وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة فعلا إلى انكار أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعى " وجاء فى الموجز لنفس المؤلف مانصه " وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون للشرط أثر رجعى ، ويرى أن اسناد اثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء ، وأن الطبيعى هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر فى الوقت الذى وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لاقبل ذلك . لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر ، والمعلول لايسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعملية . فمن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الرومانى لم يقرر مبدأ الأثر الرجعى للشرط كقاعدة عامة ، ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسى القديم عن تقاليد القانون الرومانى فى هذا الصدد . أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعى للشرط ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة لبعض النتائج الأخرى . فهى ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التى وردت كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعى " ، وعدد سيادته جملة من هذه النتائج استطاع تفسيرها بغير اللجوء إلى فكرة الأثر الرجعى . ثم قال سيادته " ونظرية الأثر الرجعى ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية : ١ – إذا كان الحق المعلق على شرط واقف متعلقا بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فإنها تهلك على المدين حتى لو

---

(1) المرجع السابق ، ص ٧٩ ، ٨٠ .

تحقق الشرط بعد الهلاك ، وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعى ، إذ لو كان لتحقق الشرط اثر رجعى فى هذا الفرض لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ، ولكانت وقت الهلاك ملك للدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . (٢) إذا طهر الحائز لعقار مرهون العقار من الرهن ، كان يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة لتطهير العقار ، ويبقى العقار مطهرا من الرهن . (٣) إذا أخذ الشفيع عقارا بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة للشفعة ، ويبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه . (٤) إذا كان الحق معلقا على شرط واقف ، فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقق الشرط فى هذه الحالة أثر رجعى . (٥) إذا قام الدائن بعمل من أعمال الإدارة فى الحق المعلق على شرط فاسخ ، كأن أجر العين وفاء ، لا عن غش ، ولمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة للإيجار ، بل يبقى الإيجار ساريا فى حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة [1] . يتبين من ذلك أن الفروض التى لاتطبق فيها نظرية الأثر الرجعى لاتقل عن الفروض التى تطبق فيها هذه النظرية ، وأن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعى ، فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية فى بعض التطبيقات وغير صحيحة فى البعض الآخر " [2]

وبعد سرد هذه الأفكار التى تعبر عن وجهة نظر الفقهاء القائلين بعدم الرجعية بالنسبة للشرط ، نرى أن هذا الرأى هو الراجح ، وهو الذى يمكن الاعتماد عليه بالنسبة لهذه الفكرة ، خاصة بعد الجدل الواسع بشأنها ، وعدم إحداث ضرر من جراء عدم الأخذ بها بالنسبة للشرط . ولهذا فإن فكرة الأثر الرجعى للشرط – التى نص عليها القانون المصرى والفرنسى

---

(1) م ٢/٢٦٩ مدنى مصرى .

(2) راجع فى ذلك : الموجز للعلامة السنهورى ، فقرة ٤٨٠ .

- قد ورد عليها جملة من الاستثناءات ، بعضها ذكره المشرع ، والبعض الآخر قال به الفقهاء ، ولو كانت هذه الفكرة قد استقام أمرها ، لما ورد عليها كل هذه الاستثناءات ، مما يؤكد وجهة نظرنا القاضية بأن الشرط ليس له أثر رجعى ، والاستثناء الوحيد على ذلك هو أن يكون له اثر رجعى إذا ماتم الاتفاق عليه بداية . ويمكن توضيح الاستثناءات الواردة - فقها وقانونا - على هذه الفكرة فى النقطة التالية .

رابعا : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الرجعى للشرط

يمكن القول بأن قاعدة الأثر الرجعى للشرط ليست قاعدة مطلقة ، بل يرد عليها جملة من الاستثناءات [1] ، بعضها نص عليه القانون فى المادتين ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، والبعض الآخر ذكره الفقهاء ، ويمكن توضيح هذه الاستثناءات فيما يلى :

(١) يجوز للمتعاقدين أن يستبعدا الأثر الرجعى للشرط ، وذلك بالإتفاق على ترتيب أثر الإلتزام من وقت تحقق الشرط لا من وقت الإتفاق عليه (م ١/٢٧٠ مدنى) . وهذا الاستثناء يبرره أن قاعدة استناد أثر الشرط إلى الماضى ليست إلا تفسير للإرادة - كما سبق - ، فإذا اتجهت نية المتعاقدين إتجاها واضحا إلى مايخالف هذه القاعدة تعين الأخذ بما اتجهت إليه إرادتيهما ، فهذه القاعدة من القواعد المكملة التى يجوز للأفراد الإتفاق على مايخالف أحكامها ، على أنه لايجوز للقاضى افتراض هذه النية ، بل

---

(1) راجع فى هذه الاستثناءات تفصيلا : د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ وما بعدها ، فقرة ٢٣٠ ، د. السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٨٥ وما بعدها ، فقرة ٤٤ ، د. اسماعيل غانم ، أحكام الإلتزام ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ وما بعدها ، فقرة ١٥١ . د. احمد سلامة ، أحكام الإلتزام ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها . وانظر : نقض مدنى فى ١٩٤٦/١٠/٢١ (مجموعة عمر ج ٥ ، ص ٢٨٥ ، رقم ١١٢) .

يجب أن تكون واضحة فى الاتفاق ، سواء أرادت هذه النية منع الأثر الرجعى مطلقا ، أم الاقتصار على نتيجة معينة دون غيرها .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء هو الذى دعانا إلى القول بأن اعتبار عدم الأثر الرجعى للشرط كأصل عام ، هو الأولى بالاعتبار ، فإن أراد المتعاقدان هذا الأثر إتفقا عليه صراحة منذ بداية العقد ، ومن ثم ترتبت عليه نتائجه بموجب الاتفاق عليه ، وليس باعتباره أصلا يستثنى منه عدم الرجوع .

(٢) قد تقتضى طبيعة العقد ذاته استبعاد الأثر الرجعى للشرط (م ١/٢٧٠ مدنى) كما هو الحال فى العقود الزمنية ، وهى التى يكون الزمن فيها عنصرا جوهريا ، وبالتالى يستحيل فيها الأثر الرجعى ، حيث أن طبيعة الإلتزام فى هذه العقود تقتضى أن يكون وجود الإلتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط لا من وقت الإتفاق على الإلتزام . وذلك كالإيجار المعلق على شرط فاسخ ، فليس لهذا الشرط تأثير على المدة السابقة على تحقق الشرط الفاسخ ، بل يقتصر أثره على إنهاء العقد من وقت تحققه ، حيث يقتصر زوال الإلتزام على المستقبل ولا ينصرف الى الماضى ، وهو مايعرف بإنهاء العقد résiliation.

٣ – استثنى المشرع المصرى كذلك من قاعدة الأثر الرجعى للشرط ، أعمال الإدارة (م ٢/٢٦٩ مدنى) حيث قرر أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى رغم تحقق الشرط الفاسخ ، والمقصود بأعمال الإدارة عموما هى الأعمال التى يقوم بها الشخص لاستغلال المال كتأجيره ، فإذا قام المالك تحت شرط فاسخ بتأجير العين ، ثم تحقق الشرط ، فإن العين تعود إلى مالكها محملة بالإيجار ، ولا يستطيع المالك أن يتذرع بالأثر الرجعى للشرط للوصول إلى أن التأجير قد صدر من غير مالك ، حيث منعه المشرع صراحة من ذلك . وذلك كله شريطة أن تتم أعمال الإدارة بحسن نية ، وفى الحدود المألوفة للإدارة ، فلا يجوز الإيجار فى هذه

الحالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، ومثل الإيجار فى هذه الحالة ايضا قيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهون[1]

وحكم المادة ٢/٢٦٩ وإن ورد فى شأن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ ، إلا أنه ينصرف كذلك لأعمال الإدارة التى تقع من المدين تحت شرط واقف ، لتوافر نفس الحكمة التى بنى عليها الاستثناء [2] .

(٤) كذلك لايكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لايد للمدين فيه (م ٢٧٠ /٢ مدنى) . وترتيبا على هذا فإنه إذا باع شخص إلى آخر شيئا ، وعلق التزامه على شرط فاسخ ، وسلم المبيع إلى المشترى ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى وهو تحت يد المشترى ، ففى هذه الحالة إذا تحقق الشرط الفاسخ لم يكن لتحققه أثر رجعى ، ويتحمل المشترى تبعة الهلاك بعد أن تسلم المبيع ، وقد كان مقتضى الأثر الرجعى أن يعتبر العقد كأن لم يكن ، ومن ثم يخضع الهلاك لتبعة الشئ لالتبعة العقد ، ويكون الهلاك - فى هذه الحالة - على مالكه وهو البائع ، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده ، أما وقد استبعدت هذه المادة الأثر الرجعى للشرط ، فإن قواعد العقد تكون هى الواجبة التطبيق ، وترتبط تبعة الهلاك بالتسليم ، ومن ثم تكون على المشترى لا على البائع ، ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك [3].

---

(1) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٨٥ ، د. جلال العدوى ، أحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى ، الدار الجامعية ١٩٩٢ ، ص ٢٣٨ وما بعدها .

(2) د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ .

(3) د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ ، د. عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للإلتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ١٨٠ ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٣ ، فقرة ٣٣١ ، وانظر المادة ١١٨٢ فرنسى وهى تتحدث عن ==

(٥) إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف ، وتحقق الشرط ، فإن حق الدائن يعتبر موجودا ومستحق الأداء من وقت الإتفاق لا من وقت تحقق الشرط ، إعمالا لمبدأ الأثر الرجعى للشرط ، ولكن القانون استثنى صراحة سريان التقادم المسقط بالنسبة للدائن المعلق على شرط واقف ، فهو لايسرى إلا من وقت تحقق الشرط (م ٢/٣٨١ مدنى) [١] . إذ لايقبل أن يسرى التقادم فى وقت لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتنفيذ ، ومن ثم لايدخل فى احتساب مدة التقادم فترة التعليق [٢] .

(٦) يذهب غالبية الشراح إلى استثناء ثمار العين التى قبضها الدائن تحت شرط فاسخ ، أو المدين تحت شرط واقف أثناء فترة التعليق من قاعدة استناد أثر الشرط إلى الماضى . فهذه الثمار تكون ملكا لمن قبضها دون أن يتأثر حقه فيها بالأثر الرجعى للشرط . وقد قيل فى تبرير ذلك أن مبناه حسن النية ، وسنده إرادة المتعاقدين ، فضلا عن قيمته العملية فى تلافى مشقة المحاسبة عن هذه الثمار . وقد نص القانون اللبنانى صراحة على هذا الاستثناء (م ٩٧ لبنانى) بينما أخذ به الفقه المصرى دون نص للإعتبارت السابقة [٣].

== تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفا ، وقد أشرت إليها آنفا عند الكلام عن تقدير فكرة الأثر الرجعى للشرط .

(١) تنص المادة ٣٨١ مدنى مصرى على مايلى : " (١) لايبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . (٢) وبخاصة لايسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط .. "

ويقابل هذه المادة فى التقنينات العربية الأخرى : م ٣٦٨ ليبى ، م ٣٧٨ سورى ، م ٤٣٤ عراقى ، م ٣٤٨ لبنانى ، م ٣٦٧ كويتى ، م ٢٤٥ سودانى .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٣/١٠ (مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ مدنى ص ٥٦٤) .

(٣) د. جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ وما بعدها ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ .

وهكذا نجد طائفة من الاستثناءات التى تعبر بوضوح شديد عن ضعف هذه القاعدة التى تقضى بالأثر الرجعى للشرط ، وهو مايدعم وجهة نظرنا - السابق الإشارة اليها - وأنه ينبغى ألا يكون للشرط اثر رجعى ، والأولى بالمشرع أن يجعل الأصل العام هو عدم استناد الشرط إلى الماضى، وتنفيذه بأثر فورى منذ تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه ، على أن يترك للأفراد حرية الاتفاق على هذا الأثر الرجعى وفقا لمصالحهم التى يقدرونها بأنفسهم ، لابفرض قاعدة من جانب المشرع ، تحتاج إلى منطق سليم ، وتبرير سديد .

ولعل وجهة نظرنا هذه هى التى عبر عنها غالبية الفقهاء فى مصر ، فضلا عن انتقاد الفكرة أساسا فى الفقه الفرنسى ، كما سبق واشرت إلى ذلك آنفا .. وإن كان الفقه الفرنسى لم يذكر صراحة ضرورة الغاء هذه الفكرة والإستغناء عنها بأفكار أخرى بديلة ، مثل ماصنع ذلك الفقه المصرى ، حيث صرح كثير من الفقهاء المصريين بأن هذه الطائفة من الاستثناءات التى ترد على قاعدة استناد أثر الشرط إلى الماضى ، وهناك غيرها كثير . هذه الاستثناءات من الكثرة بحيث تتضاءل معها قيمة هذه القاعدة ، مما يبرر الانتقادات التى وجهت إليها والمحاولات التى بذلت للاستغناء عنها عن طريق رد النتائج التى تبنى عليها إلى قواعد أخرى تصلح أساسا لها [1] .

---

(1) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣٠٦ فقرة ١٥٢ ، د. جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ فقرة ٣٢١ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ فقرة ٢٣٠ ، د. حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، الطبعة الثانية ١٩٦٥ ، ص ٥٤٥ فقرة ١٥٨ . قارن عكس ذلك : د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها ، د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١١٩ هامش (١) . وقد ذكر العلامة السنهورى فى هذا الصدد أن الفروق العملية بين الأخذ بمبدأ الرجعية وعدم الأخذ به فروق محددة ، فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء ، ثم ذكر أن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين (المرجع السابق) . وواضح من كلام سيادته أن الأخذ بفكرة الأثر الرجعى للشرط هو من الأمور المفضلة لسيادته ، ومن شاركه الرأى فى الفقه القانونى ، وليس من الضرورى ==

وإذا كان هذا اتجاها فى الفقه المصرى والفرنسى ، فهو الإتجـاه الـذى نراه راجحا من خلال هذا البحث ، ولـذا فـإن القضـاء بـدوره قد إتجـه إلـى الأخذ بمبدأ التفسير الضيق ، كلما تعرض للأحكام القانونية التـى تقـوم علـى الإقـتراض ، ومنـه مبـدأ الأثـر الرجعى باعتباره محض افـتراض لا حقيقـة لــــه [1] .

== الأخذ بهذه الفكرة ، ولذا فإننا نرى مع الرأى الآخر القائل بأن عدم الرجعية للشـرط هو الأولى بالاعتبار ، خاصة فى ظل جملة الانتقادات التى وجهت لهذا المبدأ فى العصر الحديث ، كما ذكرت ذلك بالمتن تفصيلا .

([1]) راجع فى ذلك : د. ابو زيد عبدالباقى مصطفى ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .

خاتمـــــــــة

نخلص من هذه الدراسة أن هناك رأيين فى الفقه القانونى بالنسبة لفكرة الأثر الرجعى للشرط ، حيث يرى البعض ضرورة الإبقاء على هذا الأثـر ، وخيرا فعل المشـرع المصـرى والفرنسـى ، عندمـا أبقـى علـى هـذا الأثـر ، لاعتبـارات عمليـة ، قـد تسـتجد مـع مـرور الوقـت ، وتشـابك عمليـات الإلتزامات المدنية المعاصرة .

فى حين نجد أن هناك رأيا آخر قد تعجب من صنيع المشرع المصـرى والفرنسى فى الإبقاء على هذا الأثر . خاصة وأن النتائج العملية التى يمكـن الوصول إليها عن طريق الأثر الرجعى ، يمكـن تحقيقهـا مـن طـرق أخـرى أكثر أهمية من فكرة الأثر الرجعى خاصة وأن هذه الفكرة ماهى إلا إفتراض محض لاوجود لها فى الواقع وحقيقة الأمر ، ومن ثم يمكن الإستغناء عنهـا ، لعدم وجود مايبررها الآن .

ونحن بدورنا نرى أن هذا الرأى الأخير هو الغالب ، بل هـو الراجـح فى الفقه القانونى المصرى والفرنسى ، القديم منه والحديث . خاصـة وأن فكرة الأثر الرجعى هذه لم تكن معروفة فى بداية القانون الرومانى ، ولا فى عصر القانون الفرنسى القديم ، وإنما ظهرت حديثا فـى القـانونين ، ونقلـت بعد ذلك إلى القوانيـن اللاتينيـة بصفـة عامـة ، لاعتبـارات يـرون واضعيها أهميتها ، فى الوقت الذى تلاشت هذه الأهمية بالمنطق القانونى السـليم ، لا بالإفتراض أو المجاز القانونى المحض . ولهـذا فـإننى أرى مـن خـلال هـذه الدراسة أنه آن الأوان لإعمال الأثر الفورى للشـرط - علـى الأقـل - فـإن رأى المتعـاقدان ضـرورة إرجـاع الشـرط إلـى وقـت الإتفـاق عليـه ، إتفقـا صراحة على ذلك ، وما أراه واقعا ، حيـث لاضـرر مـن عـدم الرجـوع - غالبا - ، ولـهذا فإن اعتبار الأثر الفورى للشرط أولى من اعتبار الرجعيـة

بالنسبة له . ولهذا فإن القاعدة العامة ينبغى أن لايكون للشرط أثر رجعى ، والإستثناء عليها هو الاتفاق على هذا الأثر بين المتعاقدين .

ولعلى لا أكون مبالغا إذا قلت أن هذا الرأى هو الذى يروق ، حتى للقائلين بالرجعية ، حيث يرون أنه لاتوجد فروق عملية بين الأخذ بمبدأ الرجعية كمبدأ أو الأخذ به كاستثناء - عند الإتفاق عليه - ، بل هى فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والإستثناء [1] .

ولعل مايرجح وجهة نظرنا - هذه - أن معظم القوانين الأكثر حداثة قد مقتت هذه الفكرة ونبذتها من نصوصها ، ولذا لم تأخذ بها ، كما هو الحال فى القانون الألمانى والقانون السويسرى ، فضلا عن أنه إذا كان لهذا الأثر ما يبرره عمليا فى نواح قانونية أخرى ، كما فى القسمة للمال الشائع ، فإن هذا الأثر حتى فى قسمة المال الشائع وجد اختلافا كبيرا بين الفقهاء على الأخذ به أو عدم الأخذ به ، وإمكانية الإستغناء عنه [2] . وإذا كان هذا الجدل فى ظل أكثر الأفكار القانونية تبريرا للأخذ بمبدأ الأثر الرجعى ، فإن عدم الأخذ به فى مجال الشرط ، يكون هو المتفق مع المنطق والفكر القانونى السليم . وما يبرر الأخذ به فى مجال القسمة ، لايوجد فى مجال الشرط ، فالقسمة واقعة لامحالة ، ولذا حدد لها القانون غاية قصوى لايجوز أن تستمر حالة الشيوع بعدها إلا بمقتضى نص أو اتفاق [3] ، وذلك بخلاف الشرط ، فإنه احتمالى أى متوقف على محض القدر والصدفة ، فقد يتحقق وقد لايتحقق ، ومن ثم لايعقل أن يظل المالك ، الذى تصرف فى ملكه تحت شرط واقف مثلا ، مترددا فى تصرفاته فى ملكه ، بدعوى أن أى تصرف فى هذه الحالة ، قد يوجد مايلغيه إذا ماتحقق الشرط الواقف هذا . وأيضا فإن القول بأن مايبرر الأثر الرجعى للشرط ، هو ألا ينتقل الحق

---

(1) د. السنهورى المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها .

(2) د. ابوزيد عبدالباقى مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٩٩ وما بعدها .

(3) م ٨٣٤ مدنى مصرى .

إلى الغير محملا بحقوق ، يكون المالك الأصلى قد رتبها عليه فى مرحلة الإحتمال ، يجعل هناك تعارضا بين مصالح المالك الأصلى فى أن يتصرف بحرية فى ملكه ، ومصالح الغير الذى ستنقل إليه الملكية ، لو تحقق الشرط الواقف مثلا ، والتى تقتضى انتقال الحق إليه مطهرا من كافة الحقوق . وإذا تعارضت هاتان المصلحتان ، فإننا نرى أن مصلحة المالك الأصلى هى الأولى بالإعتبار ، ولو اراد الغير أن يحتاط لمصالحه ، فما عليه إلا أن يتفق على الأثر الرجعى للشرط صراحة ، فإذا ماوافق عليه المتصرف - المالك الأصلى - فإنه يعد بمثابة التنازل عن الاحتياط لمصالحه الأولى بالرعاية والإعتبار .

ولهذا كله فإننا نرى أنه آن الأوان لطرح هذه الفكرة ، وإعمال القواعد القانونية بطريقة صريحة وواضحة لا بطريقة افتراضية ، لم يعد الآن وجود لها ، ومن ثم فإن القول بالأثر الفورى للشرط أولى من القول بالأثر الرجعى له . وهذا ماهدفنا إليه بداية من خلال هذا البحث .

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية :

(أ) المؤلفات :

د.ابراهيم أبو النجا :

الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى الليبى ، دار الجامعة الجديدة ١٩٩٧ .

د. أبوزيد عبد الباقى مصطفى :

الإفتراض ودوره فى تطور القانون ، دار التأليف ١٩٨٠

د. احمد حشمت أبوستيت :

نظرية الإلتزام ، ط ١٩٥٤ .

د.احمد سلامة :

- المدخل لدراسة القانون ، دارالنهضة العربية ، ١٩٧٨ .
- مذكرات فى نظرية الإلتزام ، الكتاب الثانى ، أحكام الالتزام ، بدون .
- الملكية الفرديـــة فـــى القانون المصرى ، دار النهضة العربيـــة ، ١٩٧٥.

د. احمد عبد الحكيم العنانى :

الإتفاق على جبر أضرار مخالفة العقـــود ، دار النهضـــة العربية ، ١٩٩٢ .

د. اسماعيل غانم :

- فـــى النظرية العامـــة للالتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الإلتزام والإثبات ، ١٩٦٧ .
- الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول ، حق الملكية ، ط٢ (١٩٦١).

د. أنور سلطان :

النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ .

د. توفيق حسن فرج :

النظرية العامة للإلتزام ، الدار الجامعية ، ١٩٩١ .

د. جلال العدوى :

أحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة فى القانون المصرى واللبنانى ، الدار الجامعية ، ١٩٩٢.

د. جميل الشرقاوى :

- فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، ١٩٧٥ .
- أصول القانون ، طبعة ١٩٧٢/١٩٧١

د. حسن كيرة :

- أصول القانون ، طبعة ١٩٦٠ .
- الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ .

د. حمدى عبد الرحمن :

فكرة القانون ، دار الفكر العربى ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩

د. سليمان مرقس :

أحكام الالتزام ، ١٩٥٧ .

د. سمير تناغو :

النظرية العامة للقانون،منشأة المعارف بالاسكندرية،١٩٨٥

د. سمير تناغو ، د. محمد حسين منصور :

القانون والإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ .

د. عبد الحى حجازى :

- النظرية العامة للقانون ،الجزء الأول ، الجزء الثالث ، ١٩٥٤ .
- عقد المدة ، رسالة .

د. عبد الرازق حسن فرج :

النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الثانى ، أحكام الإلتزام ، ١٩٩٣ .

د. عبد الرزاق السنهورى :

الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثالث ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، المجلد الأول ، أوصاف الإلتزام والحوالة، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ .

د. عبد المنعم البدراوى :

المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .

د. عبد المنعم فرج الصدة :

أحكام الإلتزام ، ١٩٥٥ .

د. عبد الناصر العطار :

نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، الكتاب الأول ، ١٩٧٥

د. محمد كامل مرسى :

الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، ١٩٥١.

د. محمد لبيب شنب :

دروس فى أحكام الالتزام ، ١٩٧٧ .

د. محمود جمال الدين زكى :

- دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .
- الوجيز فى نظرية الإلتزام ، الجزء الأول ، ١٩٧٦ .
- نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، الجزء الثانى، أحكام الالتزام .

د. محمود عبد الرحيم الديب :

- الحيل فى القانون المدنى ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراة ، عين شمس ١٩٩٢ .
- الوجيز فى مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، الأزهر للطباعة ، ١٤١٨ هـ .

د. منصور مصطفى منصور:

- نظرية الحلول العينى ،١٩٥٦.

- المدخل للعلوم القانونية ، دار الكتاب العربى بمصر ، ١٩٦٠

د. نعمـان جمعـــــة :

دروس فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٨.

(ب) الدوريـات :

- مجموعة أحكام النقض المدنى .
- مجموعة الأعمال التحضيرية .
- مجموعة عمر .
- مجموعة المكتب الفنى .

ثانيا : المراجع الفرنسية

(أ) المؤلفـات :

- Alain BENABENT : Droit civil les obligations, montchrestien. 1987.
- ALEXEWILL : les obligation, 1985.
- B.TETSSIE, Reflexion sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contral: D.1976. chron. 281.
- Contra J.GHESTIN : l'inderemination du prix de rent et la condition potestative. D.1973 chr. p293.
- Gabril MARTY, pierre RAYNAD et philippe JESTAZ: les obligation, 2e édition, TOME 2. lergime, 1989.

مشار اليه بجبريل مارتى .

- GALLET (AIME) : etude sur la fiction de retroactivité dans le droit Francais. Th. Doe poitiers. 1903.
- GARBONNIER: les obligations, 1980.
- GHESTIN: Traité de droit civil, les obligation, le contrat.

Formation, 2e ed 1988.
- Henri ROLAND et Laurent BOYER: Droit civil, obligations (2), contrat, 3e édition.
مشار اليه بهنرى رولاند

(ب) الدوريـــــات :

- BUL. CIV : Bulletin des arrêts (audit civiles) de la cour de cassation.
- D : Recueil Dalloz.
- GAZ, pal : Gazette du palais.
- J.C.P : la semaine juridique (jurisclasseur périodique)

الفهرســـــــت

رقم الإيداع ١٠٨٦٨ / ٩٧

الترقيم الدولى I.S.B.N.

977 - 5394 - 40 - 6

